Die Behandlung der besonderen Umstände in der akzessorischen Teilnahmelehre

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Joachim Hoffmann †
Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1938

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg an der Lahn

Als Dissertation angenommen am: 17. 8. 1938.
Berichterstatter: Prof. Dr. Zimmerl.

Vorbemerkung

Der Verfasser dieser Arbeit ist wenige Tage vor Ablegung der mündlichen Doktorprüfung plötzlich am Herzschlage verstorben. Die Arbeit war als Dissertationsleistung von der Fakultät angenommen worden und wird als Dissertation veröffentlicht.

Der Dekan
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
zu Marburg

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis

Jüdische Schriftsteller wurden nicht benutzt (vgl. das Verzeichnis jüdischer Schriftsteller von Albert, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2. Auflage 1937.)

Angermeier, Otto: Täterschaft und Teilnahme im nationalsozialistischen Strafrecht D. R. 35/527 ff.

v. Bar: Die Schuld nach dem Strafgesetze. Berlin 1907.

Beling, Ernst: Die Lehre v. Verbrechen (L. v. V.), Tübingen 1906.

— — Grundzüge des Strafrechts (Grundzüge), 11. Auflage 1930.

Bericht s. Gürtner.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.

Binding, Karl: Lehrb. des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Besonderer Teil.

— — Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgem. Teil, 7. und 8. Auflage, Leipzig 1913.

— — Handbuch des Strafrechts 1885.

v. Birkmeyer: Das geltende deutsche Recht nach der Teilnahme und die Judikatur des Reichsgerichts, Berlin 1890.

v. Buri: Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, Gießen 1860.

Coenders: Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. 1909.

Doerr: Der Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer. Seuff. Bl. 71/342 ff.

Ellger: Der weite Täterbegriff im kommenden Strafrecht. D. J. 1935/220.

Entwürfe: Vorentwurf 1909
Gegenentwurf 1911
Kommissionsentwurf 1911
Entwurf 1919
Entwurf 1927
Reichsratsvorlage 1925
Reichstagsvorlage 1927

Finger, August: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 1904.

Frank, Hans: Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues Deutsches Strafrecht. I. Teil, 3. Auflage.

v. Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Kommentar 18. Aufl., 1931.

Fritzsche: Gedanken über Nationalsozialismus und Strafrecht. D. R. 33/172 ff.

Gerland, Heinrich: Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1930.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl. Allgem. Teil 1935, Besonderer Teil 1936.

Gürtner-Freisler: Das neue Strafrecht, 1936.
Hälschner, Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1881.
Hegler: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frankfestgabe, 1930 Bd. I, S. 251 ff.
Heinzl: Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im künftigen Strafrecht. Dissert. München 1931.
Herzog: Über die Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des RStGB. mit besonderer Berücksichtigung der Lehre von der Teilnahme. Ger. Saal 24/435 und 26/28.
— — Noch einige Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme, Ger. Saal 28/321.
— — Über den Begriff einer strafbaren Handlung und die Schuldfrage nach der RStPO., Ger. Saal 30/294.
Kerrl, Hanns: Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des preußischen Justizministers, 1933.
Herget: Siehe Entwurf 1927.
Klee: Täterschaft, D. J. 1935/178 ff.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht, 1890.
Krug, Paul: Die besonderen Umstände der Teilnehmer. Dissert. Gießen 1899.
Lange: Der moderne Täterbegriff und die deutschen Strafgesetzentwürfe, Berlin 1935.
Leipziger Kommentar des Reichsstrafgesetzbuches, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1935 (Leipz. K.).
v. Liszt, Franz: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, bearbeitet von Eberhard Schmidt (v. Liszt-Schm.)
Allgem. Teil, 26. Aufl., 1932 (A. T.).
Bes. Teil, 25. Aufl. 1927 (B. T.).
Mayer, Max, Ernst: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1. Aufl. 1915, 2. — unveränd. — Aufl. 1923.
— — Versuch und Teilnahme bei P. F. Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, 1910.
Mezger, Edmund: Strafrecht, Lehrb. 1. Aufl. 1931, 2. unver. Aufl. 1933.
— — Die subjektiven Unrechtselemente, Ger. Saal, 89/206 ff.
— — Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. des von Hugo Meyer begründeten u. Phil. Allfeld bearb. Lehrb. Leipzig und Erlangen, 1922.
Nagler, Johannes: Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig, 1903.
Noak: Täterschaft und Teilnahme, Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen. D. R. 1934/50 ff.
v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 11. Aufl. 1927.
Oppenhof, Friedrich: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, herausgeg. von Delius, 14. Aufl., 1901.
Oppler: Die Teilnahme bei Unzurechnungsfähigkeit. Ger. S. 70/397.
Redslob, Robert: Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, dargestellt nach deutschem und französischem Recht. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 97, 1909.

Siegert, Karl: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, Tübingen 1934.
Schwarz, Otto: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage, München und Berlin, 1936.
Schwinge, Erich: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht.
Schwinge-Zimmerl: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht.
Thierfelder: Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Tübinger Dissert. 1932.
Wachenfeld, Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914.
Wolf, Erik: Tattypus und Tätertypus. In der Z. d. Akad. für D. R. 1936/358 ff.
— — Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Breslau 1931.
Zimmerl, Leopold: Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, Strafrechtl. Abhandlungen.
— — Der Aufbau des Strafrechtssystems, Tübingen 1930.
— — Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda, Berlin 1931.
— — Zur Auslegung des § 2 StGB., Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag v. Graf W. Gleispach S. 173 ff.
— — Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. Z. 49/39 ff.
— — Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung. Z. 54/576 ff.
— — Vom Sinn der Teilnahmevorschriften, Z. 52/166 ff.
— — Gesetz und materielle Gerechtigkeit im Strafrecht, Jungfestschrift, 1937, S. 222 ff.

Die Aufgabe

In der vorliegenden Abhandlung soll der Versuch gemacht werden, die Behandlung der „besonderen Umstände" in der akzessorischen Teilnahmelehre nach rechtsinhaltlichen Gesichtspunkten zu entscheiden und danach die rechtstechnische Lösung des Problems auszurichten. Im geltenden Recht und den Entwürfen trat die rechtsinhaltliche Betrachtung gegenüber der technischen Frage zu sehr in den Hintergrund. Dadurch mußten Unzuträglichkeiten eintreten, denn es ist klar, daß bei aller Wichtigkeit rechtstechnischer Fragen, von deren Behandlung ja die Klarheit, Übersichtlichkeit und Volkstümlichkeit eines Gesetzes abhängt, die Entscheidung der zu Grunde liegenden rechtsinhaltlichen Gesichtspunkte im Vordergrund stehen muß, weil bei diesen weltanschaulich-politische Erwägungen maßgebend sind, die Haupt- und Grundproblem des gesamten Strafrechts sind[1]).

---

1) Vergl. Schwinge-Zimmerl; Wesensschau S. 80.

I. Teil

Die Behandlung der besonderen Umstände in der akzessorischen Teilnahmelehre nach dem geltenden Recht 2)

A. Die Akzessorietät der Teilnahme.

Im geltenden Recht gilt der Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme. Das bedeutet, daß die Teilnahmehandlung ihre Strafbarkeit aus der Haupttat entlehnt.

Es folgt dies aus dem Wortlaut der §§ 47, 48 und 49 des Reichsstrafgesetzbuches (StGB.). Die Gesamthaftung im Sinne der Mittäterschaft des § 47 StGB. greift nur dann Platz, wenn die mehreren Beteiligten eine s t r a f b a r e Handlung gemeinschaftlich ausführen. Anstifter ist nach § 48 StGB. nur, wer einen anderen „zu der von demselben begangenen s t r a f b a r e n Handlung" bestimmt hat, und als Gehilfe wird gemäß § 49 StGB. nur bestraft, wer dem Täter „zur Begehung des V e r b r e c h e n s oder V e r g e h e n s" Hilfe leistet. Das Gesetz fordert vollen Verbrechenscharakter der Haupttat, also tatbestandmäßiges Handeln, Rechtswidrigkeit und Verschulden des Haupttäters. Daraus folgt, daß für die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht allein seine eigene Tat oder sein eigenes Verschulden maßgebend ist, sondern, daß sie auch vom Verhalten und Verschulden des Haupttäters abhängt.

Die akzessorische Natur der Teilnahme kann — wie von Liszt-Schmidt[3]) sagt — bedauert, aber n i c h t geleugnet werden. Die herrschende Meinung erkennt auch für das geltende Recht die Akzessorietät der Teilnahme an[4]). Nicht anerkannt wird die Akzessorietät von Herzog[5]) und Oppler[6]). Herzog und Oppler sind der Ansicht, daß als Haupttat eine tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung genüge. Die Terminologie des StGB. sei unbestimmt und lasse diese

---

2) Geschichte s. Redslob S. 4 ff., Heinzl S. 9 ff.; ausländisches Recht s. Redslob S. 4 ff.
3) v. Liszt-Schm. A. T. S. 321.
4) Beling, L. v. V. S. 416 ff. u. Grundriß S. 60 ff.; v. Frank, § 48 II, S. 121, § 49 I S. 126; M. E. Mayer, S. 391; Mezger, Lehrb. S. 447; Redslob, S. 4; Zimmerl, Z. L. v. Tatb. S. 122 ff.; ZStrW. Bd. 49, S. 39 ff.; RG. 5/229, 11/59, 14/102, 18/421, 37/419, 57/15.
5) Ger. S. 24/450, 26/40, 28/323, 30/295.
6) Ger. S. 70/387; Kohler, S. 111.

Auslegung zu. Dagegen ist mit Mezger[7]) einzuwenden, daß es sich gerade in der Teilnahmelehre um eine positiv-rechtliche Materie handelt, bei der der Inhalt des Gesetzes so genommen werden muß, wie er ist und nicht wie er gewünscht wird. Hinzu kommt, daß der § 50 StGB., das Maß der akzessorischen Teilnahme durch gesetzliche Grenzen zu beschränken, übernommen hat und deshalb für eine Auslegung der §§ 47—49 StGB. im nichtakzessorischen Sinne kein Raum ist.

Einen neuen Gesichtspunkt macht Schwarz[7a]) gegen die Akzessorietät geltend. Er ist der Ansicht, ihre Ergebnisse, soweit sie unbillig seien, ließen sich mit Hilfe des § 2 StGB. in der Fassung vom 28. 6. 1935 vermeiden, weil der § 2 StGB. die Rechtsanalogie im Strafrecht zulasse.

Dagegen ist zunächst dasselbe wie oben einzuwenden, nämlich, daß die Teilnahmelehre, weil sie positiv rechtlich geregelt ist, sich nicht zu etwas anderem umdeuten läßt als im Gesetz steht. Eine sinngemäße Auslegung der Teilnahmevorschriften (§ 47—50) unter Berücksichtigung des gesetzlichen Grundgedankens gestattet nicht, die Akzessorietät der Teilnahme nur in beschränktem Maße gelten zu lassen. Dies wäre zu mindesten kein Auslegen der gesetzlichen Vorschriften. Es ist aber nicht statthaft, mit Hilfe angeblicher Analogie alle diejenigen Ergebnisse, die man wünscht, in das Gesetz hineinzulegen. Dies geht zumindest nicht soweit, als dem positiv rechtliche Vorschriften entgegenstehen.

Und endlich muß man sich fragen, ob der § 2 StGB. überhaupt auf den allgemeinen Teil des StGB. Anwendung findet. Die Frage ist mit Zimmerl[8]) zu verneinen. Verfasser führt dort aus, daß das Wort Strafgesetz zwei Bedeutungen habe. Strafgesetz heiße einmal so viel, als man vom deutschen und österreichischen Strafgesetzbuch spreche. Dieser Sinn könne aber im § 2 StGB. nicht gemeint sein. Weiter bezeichne das Wort Strafgesetz einen Tatbestand im Sinne der Rechtslehre (also mit Einschluß aller Unrechts- und Schuldmerkmale und der Strafbarkeitsbedingungen) samt der dazu gehörigen Strafandrohung, wie sie im StGB. nur der besondere Teil enthalte. Die Vorschriften des allgemeinen Teils seien aber keine Strafgesetze, sondern nur Einschränkungen oder Ausdehnungen von Strafgesetzen. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß der neue § 2 StGB. auf die Vorschriften des allgemeinen Teils des Reichsstrafgesetzbuches keine Anwendung findet.

7) a. a. O. S. 447.
7a) Ger. S. 106/249.
8) Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, S. 177, 178.

Auch deshalb läßt sich mit Hilfe des § 2 StGB. die streng akzessorische Natur der Teilnahme nicht hinweg interpretieren[9]).

Die Akzessorietät der Teilnahme hat zur Folge, daß Anstifter und Gehilfen nicht bestraft werden können, wenn der Haupttäter nicht bis zum strafbaren Versuch kommt. Also selbst wenn die Teilnehmer das Ihrige längst getan haben und die Haupttat beispielsweise deshalb nicht zur Ausführung gelangt, weil der Haupttäter, der längst entschlossen ist, das Delikt zu begehen, am Herzschlag stirbt, so kommt dies den Teilnehmern in vollem Maße zugute. — Oder, wenn der Haupttäter geisteskrank ist, können die Teilnehmer auch nicht als solche bestraft werden. Um die gröbsten Unbilligkeiten zu vermeiden, helfen Wissenschaft und Praxis hier mit dem Begriff der mittelbaren Täterschaft. Durch ihn soll ermöglicht werden, daß derjenige, der nur eine Teilnahmehandlung setzt, Täter wird, ohne daß sich an seinem eigenen objektiven und subjektiven Verhalten etwas ändert, sondern indem sich nur auf der subjektiven Seite eines anderen Menschen etwas vollzieht[10]). Z. B. der A. stiftet den B. an, auf den C. einen Schuß abzugeben, wodurch dieser getötet wird. Handeln nun beide mit dolus, so ist A. Anstifter und B. Täter und das mit Recht, denn nur B. hat getötet, indem er eine Tötungshandlung setzte. Befindet sich nun aber B. im Irrtum über die Wirkung seiner Handlung, oder ist er unzurechnungsfähig, so wird nach der herrschenden Lehre die Handlung des A. plötzlich Ausführungshandlung, obwohl objektiv sich nichts geändert hat und dies nur, weil bei B. die Schuld fehlt. — Auf nähere Einzelheiten der mittelbaren Täterschaft einzugehen, ist hier nicht angebracht, da es nur gilt, das geltende Gesetz darzustellen, wozu aber nicht die mittelbare Täterschaft gehört.

Mit Hilfe der mittelbaren Täterschaft ist es auch nicht gelungen, solche Teilnehmer zu strafen, wo die Haupttat vom Gesetz nicht vertatbestandlicht ist, aber für die Teilnahme ein Bedürfnis nach Bestrafung besteht. Ich denke hier besonders an den Fall des Selbstmordes, bei dem nach dem geltenden Gesetz nicht nur Täter, sondern auch die Teilnehmer straflos bleiben müssen.

B. Begrenzung der akzessorischen Teilnahme.

1.) Eine Ausnahme macht z. B. der § 4 des Jugendgerichtsgesetzes (JGG.). Er verordnet, daß die Strafbarkeit als Anstifter oder Gehilfe dadurch nicht berührt wird, daß der Angestiftete oder Unterstützte wegen fehlender Strafmündigkeit (§ 2 JGG.) oder als Jugendlicher (§ 1 JGG.) wegen mangelnder Entwicklung (§ 3

9) Zimmerl, a. a. O. S. 178.
10) Vgl. hierüber Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems S. 144 und Z.Str.W. 49/47.

JGG.) unzurechnungsfähig, also schuld- und straflos ist. Dem Gehilfen, dem die Unzurechnungsfähigkeit des Jugendlichen bekannt ist, kommt sogar die mildere Strafe des § 49 StGB. zugute. Soweit also der Ausschluß der Strafbarkeit des Jugendlichen auf den §§ 2, 3 JGG. beruht, greift § 4 JGG. ein.

Beling[11]) stößt sich daran, daß der Erwachsene, der einem Kinde die Schußwaffe reicht, das damit einen Dritten erschießen will, nicht als mittelbarer Täter bestraft werden soll, sondern mit der milderen Gehilfenstrafe. Er bezeichnet die Absichten der amtlichen Begründung zum Jugendgerichtsgesetz als in sich widerspruchsvoll, weil einmal die Teilnahme an Delikten Strafunmündiger ermöglicht werden sollte und andererseits die Worte „nicht berührt" des § 4 JGG. besagen sollten, daß eine Neuregelung nicht eintrete. Die Meinung Belings verkennt aber, daß nur die Strafbarkeit des Anstifters durch § 4 JGG. unberührt bleiben soll, nicht aber der bisherige Rechtszustand des Anstifters oder Gehilfen. Teilnahme an strafbaren Handlungen Jugendlicher soll eben der § 4 JGG. ermöglichen, ohne daß der Täter schuldhaft zu handeln braucht. Damit hat man bewußt den Grundsatz der Akzessorietät durchbrochen. Die Ansicht Belings wird auch allgemein abgelehnt[12]).

2.) Die herrschende Lehre nimmt an, daß aus den Worten „strafbare Handlung" bzw. „Verbrechen" oder „Vergehen" zu entnehmen sei, daß die Akzessorietät nur hinsichtlich der Tat gelte und folglich nicht da, wo dem Täter ein bloßer Strafausschließungsgrund zur Seite stehe. Hierher gehören die Strafverfolgungsvoraussetzungen und die Strafaufhebungsgründe. Anstiftung und Beihilfe werden vom Wegfall der Strafbarkeit des Täters nicht berührt, wo dem Täter ein derartiger Strafausschließungsgrund zugute kommt. Anderer Ansicht ist jedoch Mezger[13]) hinsichtlich der persönlichen Strafausschließungsgründe. Hierzu gehören nach der h. L. — um dies vorwegzunehmen — die Straflosigkeit in den §§ 247 II und 289 V StGB. In diesen Vorschriften sieht die h. L. ein an sich überflüssiges ausdrückliches Anerkenntnis ihrer Lehre[14]). Ferner ge-

11) Grundriß § 30, Z. 3, S. 61.
12) Gerland, S. 200; v. Frank, § 4 JGG. S. 171; Mezger, Lehrb. S. 450; v. Liszt-Schm. A. T. S. 322, 329, 346; Leipz. Komm. z. § 4 JGG.; v. Olshausen N. 1 und 2 zu § 4 JGG.; Schwarz N. 3 zu § 4 JGG. RG. 61/267.
13) Lehrb. S. 431, 448.
14) Beling, Grundriß S. 66 u. 99 Lehre v. V. S. 85 ff. und 419, 420; v. Frank, § 48 II, 2 S. 121 u. Vorbem. N. IV. zum 4. Abschn. S. 145; Leipz. Komm. § 247 N. 4 u. 5; v. Liszt-Schm. A. T. S. 148, 343; Meyer-Allfeld, S. 210; v. Olshausen Anm. 13 u. 14 zu § 247.

hört hierher der § 11 StGB.[15]), die Begünstigung durch Angehörige (§ 257 II)[16]) und die Irrtumsverordnung vom 18. 1. 1917[17]). Mezger[13]) macht geltend, daß keine Veranlassung und Berechtigung zu dieser Annahme bestünde. Hiergegen ist einzuwenden, daß gerade so wenig Grund besteht, die persönlichen Strafausschließungsgründe anders zu handhaben als die Strafaufhebungsgründe oder das Fehlen von Strafverfolgungsvoraussetzungen. Vor allen Dingen spricht gegen Mezger der § 247 III StGB., der sinnlos wäre, wenn man — wie Mezger — hier die mittelbare Täterschaft anwenden wollte. Der persönliche Strafausschließungsgrund kommt natürlich nur dann zum Zuge, wenn die Strafbarkeit der Handlung nicht schon wegen eines Unrechtausschließungsgrundes — z. B. Notwehr — entfällt.

3.) Eine bedeutsame Bresche schlägt § 50 StGB. in den Grundsatz der Akzessorietät. Nach ihm ist es möglich, daß der Teilnehmer als Teilnehmer eines begrifflich anderen Verbrechens als des vom Haupttäter begangenen bestraft wird und daß folglich seiner Bestrafung eine andere Grundstrafandrohung zu Grunde gelegt wird als die für den Haupttäter geltende[18]).

Er ist eingefügt, weil der Gesetzgeber sich scheute, den Gedanken der Akzessorietät restlos durchzuführen. Der § 50 StGB. lautet:

> „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."

Mit dieser Vorschrift glaubte der Gesetzgeber die Akzessorietät der Teilnahme in richtiger Weise begrenzt zu haben.

Als Umstände, die unter den gegebenen Voraussetzungen nur dem Täter oder Teilnehmer zuzurechnen sind, nennt das Gesetz nur solche, die die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. Nicht genannt werden die strafbegründenden und strafaufhebenden Tatumstände. Bevor man also zu der Frage schreitet, was ein besonderer Tatumstand ist oder was persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse sind, soll geklärt werden, ob der § 50 StGB. insofern wörtlich aufzufassen ist, als er nur die strafändernden Umstände behandelt, oder ob er etwa auch auf die strafbegründenden oder strafaufhebenden Umstände mitzubeziehen ist.

---

15) Frank, N. 4 und die dort Zitierten.
16) v. Frank N. IX zu § 257, S. 571; v. Olshausen, Anm. 31 zu § 257 u. RG. 14/102.
17) RG. 53/81 ff.

a) Zunächst die strafbegründenden Umstände. Schrifttum und Rechtsprechung sind darüber einig, daß § 50 StGB. auf die strafbegründenden Umstände keine Anwendung findet. Der Wortlaut des Gesetzes ist zu eindeutig, um hierüber Zweifel aufkommen zu lassen. Insbesondere handelt es sich bei § 50 StGB. um eine Ausnahmevorschrift, die man nicht ohne weiteres auf andere Fälle ausdehnen kann[19]).

Einige Beispiele mögen die Konsequenzen dieser Gesetzgebung erläutern: Der Nichtbeamte N. stiftet den Beamten B. an, einen Hausfriedensbruch im Amte zu begehen. Es muß an dieser Stelle schon vorweggenommen werden, daß die Beamteneigenschaft zu den persönlichen Eigenschaften im Sinne des § 50 StGB. gehört[20]). Die Strafe des B. wird folglich aus § 342 StGB. und die des N. aus § 123 StGB. entnommen. Für N. kommt also ein milderer Strafrahmen zur Anwendung als für B. Es ließen sich ähnliche Beispiele mit allen uneigentlichen Beamtendelikten bilden, also bei denen, für die bei Beamten ein anderer Strafrahmen angedroht ist als für Nichtbeamte. So z. B. die §§ StGB. 339 gegenüber 240, 340 gegenüber 223 ff., 341 gegenüber 239, 350 gegenüber 246 u. a.

Anders bei den eigentlichen Amtsdelikten, weil hier nur der eine Strafrahmen vorhanden ist, der auch auf Nichtbeamte Anwendung findet. Stiftet der N. den B. zu einer Rechtsbeugung an, so werden beide mit der gleichen Strafe, die aus § 336 StGB. zu entnehmen ist, bestraft.

Nach der h. L. kann ein Außenstehender, d. h. ein der Täterschaft Unfähiger wohl als Teilnehmer bestraft werden. Mit Recht ist das wenigstens bei den Beamtendelikten anzunehmen, denn die §§ 47 ff. StGB. machen die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht davon abhängig, daß der Teilnehmer auch Täter sein kann und, wie Frank treffend ausführt, sagt der § 50 nichts davon, daß die die Strafbarkeit begründenden Eigenschaften und Verhältnisse lediglich den Beteiligten zuzurechnen sind, bei denen sie vorliegen[21]).

---

18) So Beling, L. v. V. S. 441. Dabei ist zu bemerken, daß Beling unter einem anderen Verbrechen mit anderer Grundstrafandrohung nicht etwa ein delictum sui generis versteht. S. 274. L. v. V.

19) Vgl. v. Frank, Vorbem. zum 3. Abschn. IV, S. 110 u. I zu § 50, S. 135; Leipz. Komm. N. 1 b zu § 50; v Liszt-Schmidt A T. S. 348, Meyer-Allfeld, S. 208; Mezger, Lehrb. S. 448 v. Olshausen, Anm. 2 a zu § 50; RG. 22/52, 25/236, 28/103, 55/102, 59/103.

20) RG. 55/181. Vgl. unten S. 26.

21) v. Bar S. 660. v. Beling L. v. V. S. 425; v. Frank, Vorbemerkung zum 3. Abschn. IV, S. 110; Meyer-Allfeld S. 209; Mezger, Lehrb. S. 452, Anm. 2 (nur hinsichtlich der Beihilfe); Leipz. Komm. Note 3 zu § 48; v. Liszt-Schm. A. T. S. 348; Nagler, S. 83 ff., 113 ff.; v. Ohlshausen, N. 10 zum 3. Abschn.; RG. 15/396, 25/237, 50/141; a. Ansicht Kohler, Studien Bd. 1, S. 134 ff. u. Gold. A. 55/10; Finger 1, 364.

Kohler[22]) begründet seine abweichende Ansicht damit, daß sich hier das Delikt garnicht gegen ein allgemeines Rechtsgut richte, sondern nur gegen persönliche Beziehungen, in denen der Einzelne stehe. Weil diese Beziehungen höchst persönlich sind, so meint Kohler, könne sie ein Außenstehender auch nicht durch das Medium eines Dritten verletzen. Er will also außer den Teilnehmern auch denjenigen straflos lassen, der z. B. durch Vorspiegelung falscher Tatsachen ein Amtsdelikt verursacht. Es wäre also der mittelbare Täter zu dem Delikt des § 338 StGB. — Mitwirkung bei Eingehung einer Doppelehe — straflos, während für einen Personenstandsbeamten oder Religionsdiener für dasselbe Delikt eine Zuchthausstrafe bis zu 5 Jahren angedroht wird. Von Bar[23]) sagt treffend, daß dies ein Freibrief zur Anreizung zu schweren Amts- und Dienstdelikten sei. Er bedauert mit Recht den Mangel einer eindeutigen Stellungnahme des Gesetzgebers zu diesen Fällen.

Bejahen wir mit der h. L. die Möglichkeit strafbarer Teilnahme eines Nichtbeamten am „eigentlichen" Amtsdelikt, so haben wir folgendes Ergebnis:

Da der § 48 StGB. für den Anstifter dieselbe Strafe wie für den Haupttäter vorsieht, so ergibt sich nicht einmal ein Unterschied in den Strafen des N. und B., obwohl N. nur Anstifter und nicht Haupttäter ist. Macht der Richter hier einen Unterschied in der Strafe, so nur auf Grund des freien richterlichen Ermessens, das ihm durch die weiten Strafrahmen gegeben ist, nicht aber, weil es ihm wie im obigen Falle vom Gesetz vorgeschrieben wäre.

Man wird sich deshalb fragen: Mit welcher Berechtigung macht der Gesetzgeber einen Unterschied in der Bestrafung für den nichtqualifizierten Teilnehmer je nachdem die Qualifikation bei dem Delikt strafbegründender oder strafändernder Umstand ist. Irgend ein tieferer Grund ist nicht einzusehen[24]).

Diese verschiedenartige Behandlung der Teilnehmer ist bei allen anderen Tatumständen zu beobachten, die bald als strafbegründende, bald als strafändernde Tatumstände im Gesetz vorkommen und sofern es sich bei den strafbegründenden Tatumständen um Delikte handelt, an denen auch Personen teilnehmen können, bei denen der Tatumstand nicht vorliegt. So z. B. der Tatumstand, im Elternverhältnis zu einer anderen Person zu stehen. Wenn der A. den B. unterstützt, sein (des B.) Kind X. auszusetzen (gem. § 221 StGB.), so bestimmt sich die Strafe des A. aus § 221 I und die Strafe des B. aus § 221

22) a. a. O.
23) a. a. O.
24) Zustimmend: Zimmerl, Lehre v. Tatbestand S. 141.

II StGB., weil[25]) das Elternverhältnis zu den persönlichen Verhältnissen, die die Strafbarkeit erhöhen, gehört. Der § 50 StGB. ist also anwendbar. Unterstützt dagegen der A. den B., seine (des B.) Tochter Z. mit einem Dritten zu verkuppeln, so daß Beihilfe zu schwerer Kuppelei im Sinne von § 181 Ziff. 2 vorliegt, so ist die Gehilfenstrafe auch aus § 181 zu entnehmen, weil das Verwandtschaftsverhältnis hier straferhöhender Umstand ist, denn ohne ihn deckt sich der Tatbestand des § 181 StGB. noch nicht mit dem des § 180 StGB., weil der § 180 StGB. mit einem weiteren strafbegründenden Merkmal, der Gewohnheitsmäßigkeit oder dem Eigennutz ausgestattet ist.

Und umgekehrt ist der Vater, der einen Dritten zur Verkuppelung s e i n e s Kindes bestimmt, gemäß § 180 StGB. nur mit Gefängnis zu bestrafen[26]).

Unterstellt man einmal, die Zueignungsabsicht beim Diebstahl gehöre zu denjenigen Tatumständen des § 50 StGB., die wie die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse nur demjenigen Täter oder Teilnehmer zuzurechnen sind, bei dem sie vorliegen, so wäre damit noch nichts gewonnen, der § 50 StGB. ließe sich nicht anwenden, weil die Zueignungsabsicht nach dem geltenden § 242 StGB. strafbegründend wirkt und folglich nur Berücksichtigung findet, wenn sie beim Haupttäter vorliegt.

b) Dasselbe, was für die strafbegründenden Umstände gilt, bezieht sich aber auch auf die strafausschließenden Umstände, und zwar aus denselben Gründen[27]). Anderer Ansicht ist jedoch v. Hippel[28]). Er zieht den Schluß a minore ad maius, indem er sagt, was für die strafändernden Umstände gelte, treffe um so mehr bei den strafausschließenden Umständen zu. Es liegt dennoch keine Veranlassung vor, die strafbegründenden und strafausschließenden Umstände verschieden zu behandeln, weil das Gesetz in § 50 StGB. von beiden schweigt und sie damit gleich behandelt. Der Fehler hat wohl seinen Grund darin, daß man stets an Fälle dachte wie persönliche Strafausschließungsgründe, auf die die Akzessorietät der Teilnahme sowieso keine Anwendung findet[29]), so daß auch die Begrenzung durch § 50 StGB. bei ihnen gar nicht praktisch werden kann[30]).

---

25) Wie wir unter S. 26 sehen werden.

26) So die h. L.: Z. B. v. Frank § 181 N. VII, S. 405; RG. 22/52.

27) Birkmeyer, S. 77 (in der vergl. Darstellg. A. T.); v. Frank § 50 I, S. 135); Leipziger Komm. N. 1 b zu § 50; Olshausen N. 2 a zu § 50; Schwarz N. 2 zu § 50.

28) a. a. O. S. 485 IV.

29) Wie oben S. 7 ausgeführt.

30) Verwirrend ist auch die Entscheidung des RG. 14/104; sie sagt zunächst ebenso wie v. Hippel, daß das, was für die strafändernden Umstände gelte, um so mehr bei den strafausschließenden Umständen anzuwenden

Theoretisch ist stets auseinanderzuhalten, ob entweder der § 50 StGB. deshalb keine Anwendung findet, weil ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt, der von der Akzessorietät der Teilnahme gar nicht berührt wird und auf den sich § 50 StGB. folglich nicht bezieht, oder ob ein Strafausschließungsgrund vorliegt, auf den § 50 StGB. deshalb nicht anwendbar ist, weil er dort nicht genannt wird. Die Grenze dieser persönlichen und sachlichen Strafausschließungsgründe genau festzulegen, gehört nicht in diesen Zusammenhang, weil es hier nur darum geht, das Anwendungsgebiet des § 50 StGB. zu umreißen.

Einige Schriftsteller scheinen allerdings der Ansicht zu sein, daß die strafausschließenden Umstände alle persönlich sind und daß ihre Nichterwähnung im § 50 StGB. keine praktische Bedeutung habe[31]).

c) Außer der Begrenzung, die der § 50 StGB. durch die Beschränkung auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse innerhalb der strafändernden Umstände trifft, ergibt sich eine weitere Begrenzung aus dem Nachsatz „diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer zuzurechnen". Es bedarf also nicht lediglich der Erläuterung, was persönliche Eigenschaften und Verhältnisse sind[32]), sondern auch dessen, was unter den „besonderen Tatumständen" in § 50 StGB. zu verstehen ist.

In Betracht kommen nur solche Umstände, die das Gesetz dazu bestimmt, die Strafbarkeit zu erhöhen oder zu mindern. Also nicht die unbestimmten mildernden Umstände, deren Berücksichtigung das Gesetz in verschiedenen Paragraphen — z. B. 171, 181, II, 217, 243, 265 usw. — verordnet hat und die Redslob[33]) die „anonymen" mildernden Umstände nennt. Sie sind gerade wie die allgemeinen Strafzumessungsgründe als ein Ausfluß des freien richterlichen Ermessens anzusehen, des Ermessens, das das Gesetz dem

sei. Insofern klingt es, als ob diese Entscheidung denselben Fehler wie v. Hippel begehe. Die Entscheidung fährt aber dann fort, es werde offenbar vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die strafausschließenden Momente jedem Beteiligten zugute kommen müssen, sofern nicht durch das Vorhandensein eines Strafausschließungsgrundes in der Person der Tatbestand des betreffenden Straffalles derartig beeinflußt werde, daß eine strafbare Handlung überhaupt nicht mehr vorhanden sei, d. h. daß nur die höchstpersönlichen Strafausschließungsumstände höchst persönlich wirken sollen. Das ergibt sich aber, wie bereits oben ausgeführt wurde, nicht aus § 50 StGB., sondern daraus, daß die Akzessorietät der Teilnahme die höchst persönlichen Strafausschließungsgründe nicht miterfaßt. So auch Olshausen N. 2a zu § 50.

31) So z. B. v. Liszt-Schm. A. T. S. 348.

32) Darüber mit eingehender Literaturangabe Heinzl S. 11 ff.

33) Redslob, S. 11.

Richter dadurch erteilt, daß es ihm meist nur Strafrahmen und keine absoluten Strafen vorschreibt[34]). Rein formell ließen sich solche Milderungs- und Strafmessungsgründe nicht berücksichtigen, weil das Gesetz den Inhalt dieser Umstände nicht bezeichnet hat[35]). Auch der § 267 der Strafprozeßordnung nennt in den Absätzen II und III getrennt die vom Strafgesetz benannten und unbenannten Strafänderungsgründe[36]).

Zu den unbenannten strafändernden Umständen gehören auch diejenigen, deren Berücksichtigung das Gesetz dem Richter „als besonders schwere Fälle" zur Pflicht macht, wie z. B. in den §§ StGB. 90 a V, 90 h II, 263 IV, 266 II und 353 c.

Sie alle sind keine Tatumstände im Sinne von § 50 StGB.

Eine weitere Begrenzung der besonderen Tatumstände des § 50 ergibt sich daraus, daß er nur für Teilnahmehandlungen anwendbar ist. Umstände, die bei einem Rechtsbrecher vorhanden sind, der weder Täter noch Teilnehmer einer Teilnahmehandlung ist, interessieren hier nicht. Wo also in anderen gesetzlichen Vorschriften von „besonderen Tatumständen" oder „Tatumständen" die Rede ist, decken sich diese nicht mit denen des § 50 StGB., wenn ihnen die Beschränkung auf Teilnahmehandlungen fehlt. So z. B. nicht die „Tatumstände, die die Strafbarkeit erhöhen" in § 59[37]), sowie die in den §§ 263, 265 und 267 StPO. genannten „Umstände"[38]).

Worin liegt aber die Besonderheit der durch Täter und Teilnehmer ausgeführten strafbaren Handlungen? Wann können mehrere Rechtsbrecher Teilnehmer sein, nur wenn jeder an ein und demselben Delikt teilnimmt, oder gibt es auch Teilnahmehandlungen, bei denen Teilnehmer und Täter wegen verschiedener Delikte bestraft werden, die jedes für sich ein delictum sui generis (d. s. g.) bilden?

Es kann wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß von einer Teilnahmehandlung nur die Rede sein kann, wenn nur e i n delictum s. g. von mehreren begangen wird. Daß bei der Begehung eines Deliktes mehrere in irgendwelchen Beziehungen zueinander stehen und weiter, daß sie die Begehung ein und desselben Deliktes bewirken, verbindet sie ja gerade zu Teilnehmern. Täter und Teilnehmer können deshalb nicht verschiedene delicta s. g. begehen.

---

34) Krug, S. 66.
35) Redslob, S. 11.
36) Vgl. Berner S. 171, Doerr, Seuff. Bl. 71/343; v. Olshausen, Note 2b zu § 50. Dagegen wollen Binding Grundriß S. 174 u. Oppenhoff, N. 5 zu § 50 — den § 50 StGB. auch auf die Strafzumessungsgründe anwenden.
37) Anders RG. 54/274.
38) a. Ans. v. Olshausen, N. 2 Abs. II zu § 50.

Das geht aus folgendem Beispiel eindeutig hervor: Der A. stiftet den B an, die goldene Uhr des C zu stehlen. B. kommt also erst durch die Handlung des A. zu dem Entschluß, sich die Uhr anzueignen. B. bringt die Uhr aber durch einen Betrug an sich. Hier liegt — vorausgesetzt, daß A.'s Vorsatz die Betrugshandlung nicht umfaßt — keine Teilnahmehandlung am Betrug vor. Es ist überhaupt keine Teilnahmehandlung vorhanden, weil A. den B. zu einem anderen d. s. g. angestiftet hat als der B. begangen hat. Man wende nicht ein, nicht weil B. ein anderes d. s. g. begangen habe, bleibe A. straflos, sondern weil die Teilnahme de lege lata akzessorisch ist und es an der Haupttat fehlt, zu der A. angestiftet hat, denn selbst beim Wegfall der Akzessorietät — hinsichtlich der Tatbestandsmäßigkeit — könnte A. zwar wegen erfolgloser Anstiftung zum Diebstahl bestraft werden. Dennoch läßt sich aber nicht leugnen, daß dann von einer Bestrafung des A. als Teilnehmer am Betrug keine Rede sein kann. Das hat seinen Grund darin, daß Diebstahl und Betrug verschiedene Deliktsarten sind und man denjenigen, der eine Teilnahmehandlung zum Diebstahl setzt, niemals als Teilnehmer am Betrug ansprechen kann.

Geht man nun davon aus, daß der Teilnehmer als solcher kein anderes d. s. g. als der Haupttäter begehen kann, so ergibt sich der Satz:

> Unter Tatumständen im Sinne von § 50 StGB. sind alle diejenigen Umstände zu verstehen, die, wenn sie vom Gesetz vertatbestandlicht oder sonstwie namentlich berücksichtigt sind, kein delictum sui generis bilden.

Die h. L. befaßt sich mit dem Begriff „besonderer Tatumstand" nicht. Aber dennoch stützt sie die Nichtanwendbarkeit des § 50 bei manchen Delikten darauf, daß sie verschiedene d. s. g.'s seien. So findet man diese Begründung beim Notdiebstahl und Notbetrug. (§§ 248a, 264a StGB.)[39]) und bei der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB.)[40]). Anderer Ansicht ist Mezger[41]).

Die h. L. ist aber unkonsequent und wendet den § 15 StGB. auch bei Delikten an, die sie selbst für d. s. g.'s erklärt. So z. B. bei

---

39) v. Frank, N. 1 zu § 248a; Gerland S. 590/90; v. Liszt-Schm. B. T. S. 629; v. Olshausen N. 1 zu § 248a; Schwarz, N. D.; Wachenfeld, S. 390.

40) Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 35, Ziff. 3; Hartwig, Ger. S. 82/321; v. Liszt-Schm. B. T. S. 472; Mezger S. 194; Meyer-Allfeld, S. 335, Anm. 11; v. Olshausen N. 1 u. 5a zu § 216; Schwarz, N. 1 zu § 216 u. RG. 28/200 ff. (sehr ausführlich), 45/248, 53/294; 59/9.

41) Lehrb. S. 455. Vgl. unten, S. 22.

der Kindstötung (§ 217 StGB.)[42]) und der Körperverletzung im Amte (§ 340 StGB.)[43]).

Wann aber haben wir es mit einem delictum sui generis zu tun und wann nicht?

Die Beantwortung dieser Frage für das geltende Recht macht zugleich die eben gezeigten Unkonsequenzen der h. L. erklärlich. Die Verbrechenstypen sind nämlich so willkürlich aufgebaut, daß man einige Delikte als d. s. g. behandeln muß, bei deren Betrachtung nach rein rechtsinhaltlichen Gesichtspunkten man nie auf den Gedanken käme, sie als d. s. g. zu behandeln. Im übrigen sind die Anhaltspunkte so dürftig, daß sich ein einheitlicher Nenner für das Vorliegen eines d. s. g. gar nicht finden läßt. Der allgemeine Teil des StGB. enthält bekanntlich keine Definition. Mezger definiert etwa folgendermaßen[44]): Von einem d. s. g. im Gegensatz zum bloß qualifizierten oder privilegierten Grunddelikt spricht man dort, wo nach dem Zusammenhang des Gesetzes der Straferhöhungs- oder Strafmilderungsgrund zur Bildung einer selbständigen Straftat verwendet wird, d. h. die Selbständigkeit eines Deliktes bestimmt sich nach juristischen Gesichtspunkten, während unbeachtlich ist, ob systematisch nur eine Modifikation eines Grundtyps vorliegt. Diese Erklärung Mezgers ist viel zu formal gehalten, als daß man sie als eine Definition ansprechen könnte, mit der man bei jedem Delikt ohne Schwierigkeiten entscheiden könnte, ob es ein d. s. g. ist. Die Kommentare und Lehrbücher entscheiden die Frage nach dem d. s. g. hin und wieder bei einzelnen — nicht bei allen — Delikten besonders, ohne sich auf eine allgemeine Definition einzulassen. Auch diese Haltung der Literatur bestätigt, wie schwierig es ist, eine allgemein gültige Regel für das geltende StGB. aufzustellen.

Der Begriff des d. s. g. oder „Verbrechens eigener Art" läßt sich — wie oben angedeutet — in Wahrheit nur nach rechtsinhalt-

42) § 217 sehen als d. s. g. an: Gerland, S. 476/77; Leipz. Komm. N. 1 zu § 217; v. Liszt-Schm. B. T. S. 471; Mezger S. 194; v. Olshausen N. 1 zu § 217; Oppenhoff N. 1 zu § 217, Schwarz N. 1 zu § 217 u. v. Frank N. VI zu § 217; R.G. 59/9. Die Anwendbarkeit des § 50 auf 217 bejahen Binding Lehrb. Bd. I S. 33, Gerland S. 193, Leipz. Komm. N. 5 zu § 217, v. Liszt-Schm. A. B. S. 347, v. Olshausen N. 7, Oppenhoff N. 15, 16; Schwarz N. 4 zu § 217. RG. 2/157. And. Ans. v. Frank S. 135 u. N. VI zu § 217 S. 469.

43) Das RG. sagt in E. 12/225, der § 340 sei ein d. s. g. Hiergegen hat sich niemals Widerspruch erhoben. Die Anwendbarkeit des § 50 auf die uneigentlichen Amtsdelikte und damit auch auf § 340 ist allgemein anerkannt. So die gesamte Wissenschaft und Rechtsprechung. v. Frank § 50 II, 2 S. 135, S. 748, Leipz. Komm. N. 3 zu § 50; v. Liszt-Schm. AT. S. 348, Mezger S. 451, RG. 55/82.

44) Lehrb. S. 194.

lichen Gesichtspunkten regeln, denn logisch-systematische Gründe entscheiden darüber, ob ein Delikt dieser oder jener Verbrechensart angehört oder selbst eine eigene Deliktsart bildet. Etwas anderes ist es, ob der Gesetzgeber innerhalb einer Deliktsgruppe, die nur Delikte ein und derselben Art umfaßt, dieses oder jenes wegen seiner Bedeutung verselbständigt, indem er sie in besondere §§ faßt, wie es im geltenden StGB., z. B. bei den Tötungsdelikten geschehen ist. Diese Frage kann mit der, wann ein Deliktskreis eigener Art vorliegt, deshalb nicht gleichzeitig gelöst werden, weil erstere eine rechtstechnische, letztere aber eine rechtsinhaltliche Frage ist.

Wollte man eine für das geltende Recht allgemein gültige und erschöpfende Definition des Begriffs des Delikts „eigener Art" geben, so würde nicht nur der Erfolg dieses Versuchs, sondern auch der Wert einer solchen Definition sehr in Frage stehen, weil nur formale Merkmale ausschlaggebend sind, die sich mit den hier gemeinten rechtsinhaltlichen nicht decken. Wir können uns deshalb auf die Erkenntnis beschränken, daß die Regelung des geltenden Gesetzes in sich widerspruchsvoll ist. Damit erklären sich auch die ebengenannten Unkonsequenzen der h. L. sowie die von der h. L. abweichende Meinung Mezgers[45]), der meint, der § 50 sei auch anwendbar, wenn die vom Täter und Teilnehmer begangenen Delikte ein und dasselbe d. s. g. ist.

Deshalb werde ich hier nur auf diejenigen wesentlichen Merkmale des d. s. g. im geltenden Recht eingehen, die uns bei Delikten begegnen, bei denen die Anwendbarkeit des § 50 in Frage kommt.

Besonders gern spricht man von einem d. s. g., wo das fragliche Delikt eine selbständige Regelung der mildernden Umstände, des Versuchs oder dergleichen aufweist. Man folgert, daß dies nur Sinn habe bei einem d. s. g., weil bei mehreren Delikten, die nur ein d. s. g. sind, eine derartige Regelung nur einmal erforderlich ist[46]). Sa z. B. bei § 248a, wo die Straflosigkeit der Verwandten und Ehegatten im Abs. III besonders geregelt ist, obwohl dies für die Diebstahlsdelikte schon im § 247 II StGB. ausgesprochen ist. Überflüssig wäre ebenso die Strafbarerklärung des Versuchs bei § 264a, wenn man ihn nicht als d. s. g. behandeln wollte.

Daß der Notdiebstahl und Notbetrug bei rechtsinhaltlicher Betrachtung nur Privilegierungen und keine Delikte eigener Art sind, dürfte wohl klar sein.

Überflüssig ist dagegen nicht, wenn ein Delikt die Bestrafung der mildernden Umstände besonders regelt, obwohl dies schon im Hauptdelikt geschehen ist und dort diese Regelung anders lautet.

45) S. oben S. 20 und Mezger Lehrb. S. 453.
46) So v. Frank N. I zu § 248 a.

So z. B. der § 217 II gegenüber dem § 213 StGB. Da hier im Falle mildernder Umstände verschiedene Strafen angedroht werden, so kann ich im § 217 II StGB. nichts Überflüssiges sehen. Da die besondere Regelung der mildernden Umstände in solchem Falle auch bei einem Tatbestand, der kein d. s. g. ist, nötig ist, so ist sie hier nicht Merkmal eines d. s. g.[47]). Ich halte es folglich für richtig, den § 217 StGB. nicht als d. s. g. zu behandeln. Dann lassen sich die Unterschiedsmerkmale dieses Paragraphen gegenüber den §§ 211, 212 StGB. ohne weiteres als Tatumstände i. S. vom § 50 StGB. handhaben.

An anderer Stelle leitet man die Eigenschaft als d. s. g. aus der Entstehungsgeschichte her. So bei § 216 StGB.[48]). Weiter soll die Nähe des § 216 an § 217 StGB. mit ausschlaggebend sein. Mir erscheint der letztere Grund ziemlich bedeutungslos.

Ebenso kann ich der Entstehungsgeschichte nicht eine so große Bedeutung gerade für diese Frage abgewinnen wie das Reichsgericht. In der zitierten Entscheidung wird auch zugegeben, daß der äußere Aufbau nicht dem eines d. s. g. entspricht[49]). Ich schließe mich deshalb v. Frank, der den § 216 StGB. als privilegiertes Tötungsdelikt behandelt, an.

Kein d. s. g. sieht man darin, daß die Qualifizierung oder Privilegierung in in einem anderen Paragraphen als das Hauptdelikt geregelt ist. Der Gesetzgeber verfährt auch darin sehr willkürlich. Die Qualifizierung beim Aszendenten regelt er mal in einem besonderen Paragraphen – z. B. § 215 StGB. — und mal in einem besonderen Absatz desselben Paragraphen, z. B. § 223 II.

Ein d. s. g. entsteht auch nicht dadurch, daß die Qualifizierung oder Privilegierung aus einem Vergehen ein Verbrechen oder eine Übertretung macht und umgekehrt. So z. B. die §§ StGB. 259, 260 (Hehlerei), 242, 244 (Diebstahl im Rückfall). Auch daraus, daß dies innerhalb ein und desselben Paragraphen anzutreffen ist, geht deutlich hervor, daß damit keine neuen d. s. g.'s begründet werden sollen. Z. B. §§ StGB., 218 IV (gewerbsmäßige Abtreibung) und 313 II (Überschwemmung).

d) Es gilt nun noch festzustellen, wo im geltenden Recht strafändernde Umstände vorhanden sind und wo diese zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen gerechnet werden dürfen.

---

47) Anders die h. L. vgl. S. 20 N. 4; v. Frank, N. VI, zu § 217, verweist aber ausdrücklich auf den Abs. II von § 217.

48) So RG. 28/208/09 und die übrigen S. 20 N. 2 genannten, die sich offenbar der Begründung des RG. anschließen. Dagegen mit Recht v. Frank, N. III zu § 216 und Hälschner Bd. 2 S. 58.

49) RG. 28/208.

Zunächst die persönlichen Eigenschaften: Streitig ist, ob zu ihnen die Überlegung beim Morde gehört. Die h. L.[50]) behandelt die Überlegung deshalb nicht als Eigenschaft, weil eine Eigenschaft stets etwas Dauerndes ist, nicht aber die Überlegung beim Mord. Der vom Gesetz gewählte Ausdruck „Eigenschaft" ist ziemlich unbestimmt; man kann ihn aber insoweit festlegen, daß eine Eigenschaft stets etwas Dauerndes ist. Der h. L. ist insoweit beizupflichten. Dennoch wollen einige Schriftsteller[51]) die Überlegung beim Morde gem. § 50 StGB. jeweils demjenigen zurechnen, bei dem sie vorliegt. Beling ist der Ansicht, daß § 50 StGB. da Platz greife, wo die besondere Gestaltung der Schuld über die Anwendung der einen oder anderen Strafandrohung entscheide, und dazu zählt er die Überlegung beim Mord. De lege ferenda ist Belings Ansicht nicht von der Hand zu weisen, aber es kann dem § 50 StGB. nicht unterstellt werden, daß er die besondere Gestaltung der Schuld schlechtweg berücksichtigt. Er tut es vielmehr nur, soweit sich der Begriff der „besonderen Schuldausgestaltungen" mit dem Begriff „persönliche Eigenschaften und Verhältnisse" deckt. Daß die Überlegung dazu nicht gehört, wurde bereits ausgeführt.

Anders begründet Mezger seine abweichende Ansicht. Er will den in § 50 niedergelegten Grundsatz sinngemäß anwenden. Bemerkenswert ist, daß Mezger diese Meinung aufstellte, bevor der § 2 StGB. die jetzige Fassung, nämlich die vom 28. 6. 1935 hatte. Da, wie oben[52]) ausgeführt wurde, die neue Fassung des § 2 StGB. nur analoge Anwendung von Strafgesetzen, nicht aber des allgemeinen Teils des StGB. zuläßt, so läßt sich auch der § 50, da er dem allgemeinen Teil angehört, nicht analog anwenden. Abgesehen davon, kann man von einem Grundgedanken des § 50 gar nicht sprechen, weil seine Abgrenzung — wie oben nachgewiesen — sich aus Formalien und nicht aus rechtsinhaltlichen Gesichtspunkten ergibt. So z. B., ob ein strafändernder oder strafentscheidender Umstand vorliegt und geradeso wurde dies eben[53]) für den Begriff des „besonderen Tatumstandes" gezeigt.

Ebenso ist der Fall zu entscheiden, wenn z. B. der Anstifter bei einer falschen Anschuldigung wider besseres Wissen, dagegen der angestiftete Haupttäter leichtfertig (§ 164 V StGB.) handelt. Es

---

50) Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 28; v. Frank N. II 1 zu § 50, S. 135; Gerland S. 193, V 2 b; Leipz. Komm. N. 2 zu § 50; v. Liszt-Schm. S. 347 Anm. 3; M. E. Mayer, S. 410 Anm. 11; v. Olshausen N. 5 a zu § 50; Schwarz N. D. zu § 211; Wachenfeld S. 212; RG. 56/25.

51) Beling L. v. V. S. 444; Finger S. 363; Hälschner Bd. 1 S. 439 Anm. 1; Mezger Lehrb. S. 453; Redslob S. 67.

52) S. 10.

53) S. 17 ff.

kommt hier lediglich auf das leichtfertige Handeln bei der Begehung des Deliktes an, so daß auch hier gerade so wenig wie bei der Überlegung in § 211 StGB. nichts Dauerndes, und folglich keine Eigenschaft vorliegt. Dem wider besseres Wissen handelnden Anstifter kommt also das „Leichtfertige" des Angestifteten zugute.

Ähnlich wie um die Überlegung geht der Streit bei der Absicht. Hier ist die Entscheidung noch einschneidender als bei der Überlegung, weil das StGB. viele Delikte aufweist, die durch eine Absicht qualifiziert sind. Und zwar gibt es Absichtsdelikte, bei denen die Qualifizierung durch die Absicht die Strafe mildert, so z. B. die Überschwemmung in der Absicht, sein Eigentum zu retten (§ 313 II StGB.), und solche, bei denen die bestimmte Absicht die Strafe erhöht oder begründet. Strafbegründend ist die Absicht z. B. beim Gewahrsamsbruch (§ 133 II), der Personenstandsunterdrückung (§ 169), der falschen Anschuldigung (§ 164 III), der Begünstigung um eigenen Vorteils willen (§ 257 I S. 1), der Erpressung gegenüber der Nötigung (§§ 253, 240 StGB.)[54]), der normalen als auch intellektuellen Urkundenfälschung (§§ 268, 272) und der Falschbeurkundung im Amte (§ 349). Bei diesen Delikten besteht die Qualifikation jeweils in gewinnsüchtiger Absicht oder der Absicht, einen Vermögensvorteil zu erlangen. Beim Kinderraub (§ 235 III) ist die gewinnsüchtige Absicht noch mit der Möglichkeit gepaart, in der Absicht zu handeln, das Kind zu einem unsittlichen Zweck oder zum Betteln zu gebrauchen. Andere Qualifikationen durch die Absicht enthält der § 225 StGB. gegenüber 234 StGB. (Körperverletzung), wenn die schweren Folgen beabsichtigt waren. § 307 Ziff. 2 StGB. enthält ebenfalls eine Qualifizierung, wenn die Brandstiftung in der Absicht begangen ist, unter ihrer Begünstigung Mord oder Raub zu begehen.

Die Absicht gehört ebensowenig zu den „persönlichen Eigenschaften" wie die Überlegung, weil sie nichts Dauerndes ist. Auf die durch Absicht qualifizierten Delikte ist der § 50 deshalb ebensowenig anwendbar wie auf die Überlegung[55]). Aber wenn man, wie Mezger bei der Überlegung § 50 analog anwendet, so kann man dies genau so gut bei den Absichtsdelikten tun[56]).

Es gibt ferner eine große Anzahl von Delikten, bei denen die Absicht strafbegründend ist und bei denen schon aus diesem Grunde die Anwendbarkeit des § 50 nicht in Frage kommt. So z. B. schwerer Hausfriedensbruch (§ 124), Diebstahl (§ 242), Betrug (§ 263), Ver-

54) Hierkommt hinzu, daß wegen des Abs. II der § 253 ein d. s. g. ist und folglich die Absicht hier kein besonderer Tatumstand i. S. von § 50 sein könnte. Für d. s. g. wohl auch RG. 41/277.
55) Lit. wie bei der Überlegung S. 23 Anm. 51 u. 52.
56) v. Liszt-Schm. A. T. S. 347, Anm. 3.

sicherungsbetrug (§ 265), Urkundenunterdrückung (§ 274 Ziff. 1), Grenzverrückung (§ 274 Ziff. 2), Wertzeichenfälschung (§ 275 Ziff. 2, 3) und Vollstreckungsvereitelung (§ 288).

Dasselbe gilt endlich von denjenigen Delikten, bei den die Qualifikation nicht lautet „in der Absicht", sondern „um zu", „zum Zwecke" oder „mit dem Vorsatz". Einen Strafmilderungsgrund enthält hier die Entführung, wenn sie geschieht, um die Entführte zur Ehe zu bringen (§ 236) und die Fälschung von Pässen (§ 263) gegenüber der Urkundenfälschung (§ 267).

Ein straferhöhender Umstand in diesem Sinne ist der Totschlag, um ein der Ausführung einer strafbaren Handlung entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen (§ 214), sowie auch der räuberische Diebstahl (§ 252) und der Bandendiebstahl (§ 243 Ziff. 6). Von „persönlichen Eigenschaften" kann hier erst recht nicht die Rede sein. Auch bei diesen Delikten gibt es eine größere Anzahl, bei denen die Anwendbarkeit des § 50 schon deshalb entfällt, weil der Umstand strafbegründend ist. So z. B. Auswanderung vor Erfüllung der Dienstpflicht (§ 140), Täuschung, um sich der Dienstpflicht zu entziehen (§ 143), Falschmünzerei (§ 146), Vergiftung (§ 229), Menschenraub (§ 234), Begünstigung (§ 257), Entlaufen mit der Heuer (§ 298) und aktive Bestechung (§ 333).

Bestritten ist, ob die Rückfälligkeit, die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit persönliche Eigenschaften i. S. von § 50 StGB. sind. Bei diesen Erschwerungsgründen liegt es zwar nicht im Worte selbst, daß man sie unbedingt als Eigenschaften ansehen muß. Der Sprachgebrauch sagt aber auch nichts Gegenteiliges, so besonders bei der Gewohnheitsmäßigkeit. Ihr haftet stets etwas Dauerndes an und ebenso der Gewerbsmäßigkeit. Indirekt läßt sich dies auch von der Rückfälligkeit sagen, denn der Rückfällige hat eben einen Hang zu einem Delikt, wenn er es wiederholt begeht. Dieser Hang ist aber etwas Dauerndes. Man muß sich vor allen Dingen fragen, welche straferhöhenden Eigenschaften kann der Gesetzgeber gemeint haben, wenn Absicht und Überlegung keine Eigenschaften sein sollen. Wollte man auch den Rückfall, die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit ausschließen, so blieben nur die noch zu besprechenden Beamteneigenschaften übrig. V. Frank[57]) betont, daß beim Rückfall, der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit die Anwendung des § 50 zu den billigsten Ergebnissen führe. Dem ist in der Tat zuzustimmen. So die h. L.[58]).

---

57) Note II, 1 S. 135.

58) Beling, L. v. V. 432, 445; Finger, 363; Gerland 194; Leipz. Komm. N. 2 zu § 50; v. Liszt-Schm. A. T. S. 347; Meyer-Allfeld, S. 209 Anm. 32; Mezger S. 453; Kohler S. 133; Krug S. 50; Oppenhoff N. 5 zu § 50;

Der Rückfall ist straferhöhender Umstand beim Diebstahl (§§ 244 StGB., § 18 I, 2. Preuß. Feld- u. Forst-Polizei-Ges. und § 7 d. Preuß. Forstdiebstahl-Ges.), Raub (§ 250 Ziff. 5), Hehlerei (§ 261) und Betrug (§ 264 StGB.).

Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit ist straferhöhender Umstand bei der widernatürlichen Unzucht unter Männern (§ 175 a Ziff. 4), Abtreibung (§ 218 IV, S. 1), Hehlerei (§ 260), Jagdfrevel (§ 294), Verletzung fremden Fischereirechts (§ 293 III) und Wucher (§§ 302 d, e).

Als strafbegründender Umstand kommt die Gewohnheitsmäßigkeit vor bei Inverkehrbringen verringerter Münzen (§ 150), Kuppelei (§ 180), Zuhälterei (§ 181 a). Hier ist also § 50 nicht anwendbar.

Eine persönliche Eigenschaft ist insbesondere die Beamteneigenschaft bei sämtlichen uneigentlichen Beamtendelikten, nämlich der Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Hausfriedensbruch, Entweichenlassen von Gefangenen, Urkundenfälschung, einfacher und schwerer Unterschlagung im Amte (§§ 340 –342, 347, 348 II, 349 bis 351 StGB.)[59]).

Keine persönliche Eigenschaft ist, ein Rädelsführer zu sein. Er gehört nicht — etwa wie der Beamte — zu einem bestimmten Personenkreis, sondern wegen seiner Tätigkeit als Anführer wird er schwerer bestraft. Derjenige, der den Tatbestand der §§ 115 II und 125 II StGB. erfüllt, begeht mehr als die übrigen Aufrührer und Brecher des Landesfriedens. Das „mehr" liegt auf dem Gebiet des Handelns und ist nichts Persönliches. Deswegen handelt der Rädelsführer aber auch nicht unter „persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen".

Dasselbe gilt von den Stiftern und Vorstehern bei staatsfeindlichen Verbindungen und der Geheimbündelei (§§ 128, 129 StGB.)[60]). Zu den persönlichen Verhältnissen gehören insbesondere diejenigen Delikte, die durch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Personenkreis qualifiziert sind. Man wird folglich die Beamteneigenschaften gerade so gut als persönliche Verhältnisse bezeichnen

---

Redslob S. 69; Schwarz B zu § 50; RG. 25/266 ff, sehr eingehend; außerdem 4/185, 186; 26/3, 23/378, 54/274, 61/268. A. Ans. Berner S. 171 u. Binding Grundriß S. 174, weil es sich um Handlungseigenschaften handele. v. Olshausen N. 4 zu § 50 ist der Ansicht, Rückfall sei höchst persönliche Qualifizierung, die schon ohne den § 50 individuell anzurechnen sei, bei Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit Binding wie die h. L.

59) So die gesamte Wissenschaft und Rechtspre ung: v. Frank § 50 II, 2 S. 135, S. 748; Leipz. Komm. N. 3 zu § 50; v. Liszt-Schm. A. T. S. 348; Mezger S. 451, RG. 55/182.

60) And. Ans. Doerr Seuff. Bl. 71, 351.

können wie als persönliche Eigenschaft. Eine scharfe Trennung dieser Begriffe ist kaum möglich und entbehrlich[61]). Demgemäß gehören auch hierher die Militärpersonen[62]). Insbesondere gehören auch hierher solche Personenkreise, die durch Verwandtschaft gezogen werden, also die §§ 215 u. 233 II, Aszendententotschlag und -Körperverletzung, das Verhältnis von Kindern zu Eltern und umgekehrt (§ 221 II). Auch § 217 gehört hierher[63]); und zwar fällt der § 217 deshalb unter § 50, weil das Verwandtschaftsverhältnis zu den „persönlichen Verhältnissen" gehört, nicht etwa wegen der Berücksichtigung des psychischen Zustandes oder des Ehrennotstandes der unehelichen Mutter. Letzteres mag der gesetzgeberische Grund sein, die Strafe für die uneheliche Mutter zu senken. Es ist aber nicht für die Anwendbarkeit des § 50 entscheidend[64]).

Gerade so sind die Untertanenverhältnisse (Deutscher oder Ausländer) persönliche Verhältnisse[65]), so daß der § 50 auch auf den Verrat von Staatsgeheimnissen (§ 89 I, II) Anwendung findet.

Endlich gehört hierher derjenige, der einen Meineid leistet, obwohl er wegen seines Verhältnisses zu einer Person die Aussage hätte verweigern dürfen (§ 157 Ziff. 2)[66]).

Sehr bestritten ist der § 157 Ziff. 1 StGB. als Strafmilderungsgrund. Hier wird die Strafe für denjenigen Zeugen oder Sachverständigen gemildert, der einen Meineid leistet, oder eine falsche eidesstattliche Versicherung abgibt, weil er sonst eine Strafverfolgung auf sich ziehen würde. Das RG. hat die Anwendbarkeit des § 50 abgelehnt[67]). Zuerst klingt die Begründung des RG.[68]) so, als ob es in den dort vorliegenden Fällen dem Anstifter die Strafermäßigung nur deshalb nicht zugute kommen lassen wollte, weil den Anstifter in diesem Falle keine Strafverfolgungsgefahr traf und als ob sonst der § 50 anzuwenden sei[69]). Aus den Reichsgerichtsentschei-

61) Doerr aaO. S. 348.
62) Beling L. v. V. S. 444; Binding S. 140; Doerr S. 350; Finger S. 365; v. Frank S. 135; v. Olshausen 4 I zu § 50; Oppenhoff N. 5 zu § 50 u. a.
63) Daß die h. L. anderer Ansicht sein müßte, weil sie § 217 als d. s. g. bezeichnet, wurde bereits oben S. 20 A. 4 ausgeführt.
64) Für die Anwendbarkeit des § 50 auf Verwandtschaftsverhältnisse v. Frank II zu § 50, S. 135; v. Liszt-Schm. A. T. S. 347; Mezger Lehrb. S. 453; v. Olshausen N. 4 zu § 50; Schwarz u. Leipz. Komm. N. 2 zu § 50; RG. 2/153.
65) Leipz. Komm. N. 2 zu § 50.
66) Doerr a. a. O.; Krug S. 48; v. Olsh. N. 4 II zu § 50. A. Ans. Binding Lehrb. I S. 162, Redslob S. 63, 64.
67) RG. 4/378, 22/109; 61/202; JW. 54/145, 146; Gold. A. 58/461.
68) RG. 4/378, 22/109.
69) Demgemäß haben Birkmeyer — vgl. Darst. A. T. Bd. II, S. 76 u. v. Olshausen — Anm. IV 2 zu § 50 — auch angenommen, das RG. erachte den § 50 bei § 157 Ziff. 1 für anwendbar.

dungen 22/110 und 54/145, 146 ergibt sich dann aber, daß die Anwendbarkeit des § 50 stets abgelehnt wird, und zwar mit der Begründung, daß eine analoge Anwendung der Spezialbestimmung des § 157 Ziff. 1 ausgeschlossen sei. Dagegen ist zu sagen, daß es sich bei der Anwendung des § 50 gar nicht um eine analoge Anwendung einer Spezialbestimmung handelt, sondern um die Erfüllung einer gesetzlichen Vorschrift. Weiterer Grund soll sein, daß der Anstifter nicht in die Zwangslage käme, seiner gesetzlichen Zeugnispflicht genügen zu müssen und sich dabei selbst beschuldigen zu müssen. Diese Erwägung trifft aber nicht zu, wenn es sich um die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung handelt, weil bei ihr die Zwangslage der Zeugnispflicht nicht gegenwärtig zu sein braucht. Eidesstattliche Versicherungen werden oft freiwillig abgegeben. Endlich führt RG. 22/111 aus, es gehe nicht an, daß Vorteile des § 157 Ziff. 1 dem Angeklagten zugute kämen, der Entlastungszeugen für sich anwirbt. Dazu ist zu bemerken, daß derjenige, der einen Zeugen zum Meineid bestimmt, nur weil er sonst bestraft würde, tatsächlich weniger strafwürdig ist, als derjenige, der einen anderen zum Meineid anstiftet, obwohl ihm keine Gefahr droht.

V. Frank[70]) sagt, die Anwendbarkeit des § 50 bei § 157 Ziff. 1 StGB. sei zu bedauern, aber nicht zu leugnen. Ob sie zu bedauern ist, mag hier dahingestellt bleiben, sie ist aber in der Tat nicht zu leugnen, denn es sind „persönliche Verhältnisse“, unter denen ein Zeuge aussagt, wenn er sich eine Strafverfolgung durch eine wahrheitsgemäße Aussage zuziehen würde. Die h. L. hat sich der entgegenstehenden Ansicht des RG. angeschlossen[71]).

Ebenso ist die tätige Reue beim Meineid (§ 158) ein Verhalten zum Verbrechen, das ein persönliches Verhältnis darstellt[72]).

Persönliche Verhältnisse liegen endlich vor, wenn der Täter durch ein Amt oder einen Auftrag zu besonderer Sorgfaltspflicht angehalten ist. So z. B. bei einer Wahl derjenige, der bei dem Wahlgeschäft beteiligt ist (§ 108 II)[73]), ferner derjenige, der Gefangene entweichen läßt, mit deren Beaufsichtigung er beauftragt ist (§ 221) und endlich derjenige, der eine ihm anvertraute Sache unterschlägt (§ 246 II).

---

70) Z. 14/381; Komm. § 157, I, 1 S. 367.

71) Finger, S. 363 Anm. 473; Gerland S. 373; Hälschner II S. 925; Leipz. Komm. § 50 1 b; § 157 N. 1; v. Liszt-Schm. B. T. S. 838; Oppenhoff N. 5 zu § 157; Redslob S. 65; And. Ans. Binding Hdb. 1/221, 222, Lehrb. 2/162, Grundriß S. 174; Doerr Seuff. Bl. 71/349; Kohler 1/134; v. Olshausen N. 5 zu § 157 und N. 4, II a zu § 50; Schwarz N. B. zu § 50.

72) Zustimmend Binding Lehrb. 2/162; Doerr a. a. O. S. 349; v. Olshausen N. 4, II c zu § 50.

73) Doerr a. a. O. S. 350; Binding Lehrb. 2/831; Redslob S. 60.

Nicht hierher gehören fahrlässige Tötung oder Körperverletzung durch solche Personen, die vermöge ihres Berufs oder Gewerbes zu größerer Sorgfaltspflicht angehalten sind (§§ 222 II, 230 II), weil die Teilnehmer an fahrlässigen Delikten nicht von den Teilnahmebestimmungen des StGB. erfaßt werden. Streitig ist noch, ob auf den Totschlag unter den im § 213 genannten Milderungsgründen der § 50 Anwendung findet. Der Streit ist ziemlich belanglos, wenn man mit der h. L.[74]) anerkennt, daß der § 213 kein selbständiges Delikt ist, sondern nur die mildere Bestrafung beim Vorliegen mildernder Umstände für Mord und Totschlag vorschreibt, wobei „Reizung zum Zorne" besonders hervorgehoben ist, denn die h. L. behandelt[75]) die allgemein mildernden Umstände zwar nicht unter Anwendung des § 50, so aber doch unter Zugrundelegung der in § 50 angeblich enthaltenen Grundsätze. v. Olshausen[76]) und Krug[77]) folgern nun, weil der § 213 „allgemeine mildernde Umstände" enthielte, auf die § 50 nicht direkt Anwendung findet, so folge dies gleichzeitig für den „zum Zorne Gereizten". Dem kann ich nicht zustimmen. Die besondere Aufzählung des „Reizes zum Zorne" gebietet m. E. dieselbe Behandlung wie die anderen ausdrücklich genannten mildernden Umstände, für die § 50 geschaffen ist.

Unbestritten ist, daß der § 50 auf den § 216 nicht anwendbar ist[79]); nur ist die Begründung verschieden. Die h. L. sieht in § 216[80]) ein d. s. g. und kann folglich deshalb nicht zur Anwendung des § 50 kommen. v. Frank[81]) und Hälschner[82]) sehen im § 216 einen Milderungsgrund gegenüber den §§ 211, 212. v. Frank verneint dennoch die Anwendbarkeit des § 50. Das mit Recht, denn „auf Verlangen" sind wohl „besondere", aber keineswegs „persönliche" Verhältnisse des Tötenden. Wie Meyer-Allfeld[83]) sehr richtig sagt, kommt es gar nicht darauf an, daß das Verlangen an den Tötenden gerichtet war, sondern es kann auf beliebige Weise zum Ausdruck gekommen sein. Deshalb ist nichts „persönliches" beim Tötenden.

Doerr[84]) will auch auf den bandenmäßigen Diebstahl oder Raub (§§ 243 Ziff. 6, 250 Ziff. 2) den § 50 anwenden. Der Fall der Teilnahme, ohne zur Bande zu gehören, ist für einen Anstifter denk-

74) Gerland S. 472; Leipz. Komm. N. 1 zu § 213; v. Liszt-Schm. B. T. S. 467; Wachenfeld S. 307; RG. 14/301, 333/25.
75) Wie bereits oben S. 16 ausgeführt wurde.
76) N. 4 zu § 213.
77) S. 43.
78) Zustimmend Doerr a. a. O. S. 348. Redslob S. 62.
79) Anderer Ans. Redslob S. 62.
80) Wie bereits S. 19 Anm. 40 ausgeführt.
81) N. III zu § 216.
82) 2/58.
83) S. 335.
84) a. a. O. S. 351.

bar. Es kann aber keine Rede davon sein, daß das „Sich-verbundenhaben" persönliche Verhältnisse sind, denn etwas rein persönliches liegt in dieser Begehungsart des Diebstahls nicht[85]).

Damit dürften die Vorschriften des StGB., bei denen die Anwendbarkeit des § 50 in Frage kommt, im wesentlichen gestreift sein.

85) Auch Finger (1/363, Anm. 473) will den § 50 beim Bandendiebstahl anwenden. Denn nur wegen einfachen, nicht wegen Bandendiebstahls sei zu bestrafen, wer am Diebstahl einer Bande mitwirke, ohne zur Bande zu gehören. Dieses Ergebnis ist freilich richtig, folgt aber nicht aus § 50, sondern daraus, daß der Mitwirkende am Diebstahl einer Bande, ohne sich „verbunden zu haben", gar kein Teilnehmer, ja nicht einmal Mittäter im Sinne v. § 47 StGB. ist und deshalb gem. § 242 zu bestrafen ist.

II. Teil

Die Einteilung der „besonderen Umstände“ und ihre Behandlung

A. Die Teilnahme im kommenden Strafrecht.

Betrachtet man die Behandlung der „besonderen Umstände“ im geltenden Recht kritisch, um für das kommende Recht Vorschläge zu machen, so muß man sich zuerst darüber klar werden, ob das kommende Strafrecht noch besondere Teilnahmevorschriften haben wird und ob die Teilnahme überhaupt noch akzessorisch sein wird.

Zunächst die besonderen Teilnahmevorschriften. Hier wird man sich fragen, ob es nicht genügt, die Tatbestände des Strafgesetzes so zu fassen, daß jeder, der an der Tatbestandsverwirklichung als Verursacher mitwirkt, strafbar ist.

Sollen im kommenden Strafrecht die Tatbestände genau so wie im geltenden StGB. aufgebaut werden, so wird man dieses Ergebnis nicht einfach durch Streichen der Teilnahmevorschriften erreichen, denn die Tatbestände des geltenden StGB. sind nicht so gefaßt, daß sie ohne die besonderen Vorschriften des allgemeinen Teils über Teilnahme den Teilnehmer miterfassen. Will das kommende Strafrecht ohne besondere Teilnahmevorschriften auskommen, so müßte es deshalb die einzelnen Tatbestände so formen, daß jegliche Mitwirkung bestraft würde, etwa so wie die Paragraphen 222 und 230 StGB., wo durch das Wort „verursacht“ auch der Teilnehmer erfaßt wird. Damit würde die Scheidung in Täterschaft und Teilnahme wegfallen, wie es auch tatsächlich von namhafter Seite angestrebt wird[86]). Der Unterschied zwischen Tatbestandskern und Außenzone, den Beling[87]) herausgearbeitet hat, würde schwinden.

Der Verzicht auf besondere Teilnahmevorschriften hätte zunächst zur Folge, daß die bisherigen Abstufungen bei der Bestrafung von Teilnahmehandlungen gegenüber dem Haupttäter fortfielen. Darin liegt aber eine Ungerechtigkeit. Jeder Teilnehmer — Anstifter und Gehilfe – ist vom Erfolg weiter entfernt als der Haupttäter, denn die Teilnahmehandlung bedingt den Erfolgseintritt mit geringerer Wahrscheinlichkeit als eine Ausführungshandlung. Dies geht aus

86) H. Frank S. 35; Kerrl S. 131; Siegert S. 59.
87) Lehre v. Verbrechen.

folgender Überlegung hervor[88]): Die Schwere des Unrechts hängt nicht nur von der Schwere des tatsächlich eingetretenen Erfolges, sondern auch von der Größe der Gefahr des Erfolgseintritts ab. Sonst würden nicht sämtliche Gesetze bloße Gefährdungen ohne Erfolg — sei es als Versuchshandlungen oder Gefährdungshandlungen wie z. B. Bandendiebstahl — unter Strafe stellen. Die Größe der Gefahr hängt aber außer der in Aussicht stehenden Erfolgsschwere auch von der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts ab. Dafür, daß man den abergläubischen Versuch straflos läßt, kann die richtige Erklärung nur darin gesehen werden, daß eine derartige Handlung schon im Augenblick ihrer Vornahme den Erfolg überhaupt nicht erwarten läßt, daß also die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts gleich Null ist[89]). Der Erfolgseintritt ist nun um so mehr gefährdet, je mehr Zwischenursachen zu seiner Verwirklichung führen. Eine derartige Zwischenursache bildet aber der zwischen Teilnehmer und Erfolg stehende menschliche Wille. Gerade die menschliche Handlung ist eine besonders unberechenbare Zwischenursache[90]). Es ist deshalb bei jeder Teilnahmehandlung eine Unrechtsabstufung vorhanden, die notwendigerweise auch eine Abstufung der Schuld nach sich zieht.

Damit ist freilich nicht gesagt, daß für jede Art der Teilnahme ein geringerer Strafrahmen angebracht ist. So wird z. B. diese Abstufung bei der Anstiftung dadurch aufgehoben, daß der Anstiftende in dem Angestifteten erst den Entschluß zum Verbrechen entfacht und deshalb insofern schuldhafter als dieser handelt. Dieser Ausgleich tritt aber nicht bei den anderen Teilnahmehandlungen, z. B. den Unterstützungshandlungen oder bei Veranlassungshandlungen, bei denen der Haupttäter schuldlos handelt, ein. Hier besteht also ein Unterschied in der Strafwürdigkeit von Täter und Teilnehmer.

Hiergegen kann man natürlich nicht[91]) einwenden, daß die Schuld des Teilnehmers u. U. größer sein kann als die des Haupttäters. Denn will man die Handlungen von Täter und Teilnehmer auf ihre Strafwürdigkeit hin vergleichen, so muß auch die Basis, von der man ausgeht, eine einheitliche sein. Man müßte sonst auch sagen, unterschiedliche Strafrahmen für Totschlag und Diebstahl seien sinnlos, da ein aus besonders verwerflichen Motiven handelnder Dieb strafwürdiger sein kann, als ein aus verzeihlichen Motiven handelnder Totschläger[92]).

88) Vgl. hierüber Zimmerl, Z. 54/579 ff.
89) So Zimmerl, Z. 52/175.
90) So Schwinge-Zimmerl: Wesensschau, S. 36 u. Zimmerl Z. 52/176. Hinsichtlich der milderen Bestrafung des Gehilfen vergl. auch Lange, S. 78.
91) Wie Noak, S. 51.
92) vergl. hierzu Zimmerl Z. 52/177; 54/579 u. Aufbau S. 91 und 101.

Der Gesetzgeber könnte aber die Schwere der Strafbarkeit von der Schwere des Unrechts unabhängig und nur von der Schwere der Schuld abhängig machen, wie dies z. B. beim subjektiv-normativen System der Fall wäre[93]). Daß ein derartiges System dem neuen deutschen Strafrecht zugrunde gelegt wird, ist aus dem amtlichen Bericht der Strafrechtskommission keineswegs zu entnehmen[94]).

Hält das Gesetz nach wie vor an den Tatbeständen im herkömmlichen Sinne fest, baut es also auf Tat-Typen und nicht auf Täter-Typen auf, so daß die Schuldformen, die den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Schuldschwere bilden müssen, notwendig bloß die subjektive Widerspiegelung des objektiven Unrechts bildet, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß stets die Teilnahmeschuld generell weniger strafwürdig ist, als die Täterschuld[95]).

Damit ergibt sich aber noch nicht zwingend, daß der Gesetzgeber den Unterschieden in der Strafwürdigkeit durch Aufstellung verschiedener Strafrahmen Rechnung tragen muß. Er kann ihre Würdigung dem richterlichen Ermessen überlassen[96]). Wollte aber das Gesetz die Unterscheidung allein dem richterlichen Ermessen überlassen und gar versäumen, vorzuschreiben, daß der Richter einen Unterschied im Strafmaß zu machen hat, so würde daraus die Gefahr entstehen, daß der Richter sich über Unterschiede in der Strafwürdigkeit hinwegsetzt, und diese Gefahr wächst, wenn der Gesetzgeber die inhaltlich verschiedenen Fälle unter einen Begriff (Mitwirkung) zusammenfaßt. Wenn nun der Richter, sich über die tatsächlich vorhandenen Unterschiede — hinsichtlich des Unrechtsgehaltes der Teilnehmer — hinwegsetzt, so wird die Rechtsprechung eine ungleichmäßige und daher ungerechte. Dafür hat aber der Laie ein feines Gefühl und empfindet dies — besonders wenn sein eigener Fall einer ungünstigeren Beurteilung unterliegt — als persönlichen Schimpf, Ungerechtigkeit oder Böswilligkeit des Richters. Dies gefährdet aber das Vertrauen des Volkes auf die Rechtspflege[97]).

Es wäre auch denkbar, daß der Gesetzgeber die Scheidung in Täterschaft und Teilnahme abschaffte, um die schwierige Abgrenzung von Tatbestandskern und Außenzone zu vermeiden[98]). Dieses Ziel wäre aber damit nicht erreicht. Denn die Scheidung, ob Täter- oder Teilnahmehandlung vorliegt, begegnet dem Richter nicht nur, wenn es sich um die Strafzumessung handelt.

---

93) Vergl. darüber Zimmerl, Aufbau S. 30 ff. und Schwinge-Zimmerl: Wesensschau S. 41 u. 42.
94) Vergl. Freisler im Bericht S. 11 ff.
95) vergl. Zimmerl Z. 54/580.
96) So will es H. Frank S. 35 und Klee D. J. 34/179.
97) Zimmerl Z. 54 S. 581, 582 u. Bd. 49 S. 46.
98) So z. B. Siegert S. 60.

Bei den Versuchshandlungen muß der Richter unterscheiden, ob eine Vorbereitungshandlung oder ein Anfang der Ausführungshandlung vorliegt. Wollte man diese Grenze leugnen, so würde man dem Versuchsbegriff die Abgrenzung nach oben wie nach unten nehmen. Nach unten, weil niemand wüßte, wo das „Mitwirken" anfinge, nach oben, weil „Mitwirken an ...." hieße: ohne Rücksicht darauf, ob es zum Erfolg gekommen ist. Sollte man hier aber einwenden, „Mitwirken an ...." erfordere den Eintritt des Erfolgs, dann gäbe es überhaupt keinen Versuch mehr, es würde dem „Typus" dann nur das vollendete Delikt entsprechen[99]). Auch bloße erfolglose Vorbereitungshandlungen eines Haupttäters, die bisher nicht strafbar waren, würden damit strafbar.

Weiter ist mit Beling[100]) darauf hinzuweisen, daß beim Erfordernis relativer Strafdrohungsbedingungen — z. B. Konkurseröffnung beim Bankerott — die Scheidung Täter — Teilnehmer unentbehrlich ist, weil man stets untersuchen muß, ob diese Strafbarkeitsbedingung beim Täter vorliegt. Ihr Vorliegen beim Gehilfen würde nicht genügen. —

Weitere Unterscheidungen zwischen Haupttäter und Teilnehmer wird das Gesetz dann machen müssen, wenn es erfolglose Anstiftung, Beihilfe oder Unterstützung bei leichteren Delikten straflos lassen will, wie es das geltende Recht tut[101]) und auch nach dem Bericht der amtlichen Kommissionen[102]) für das kommende Strafrecht geplant ist.

Da in all diesen Fällen die Scheidung in Tatbestandskern und Außenzone unvermeidlich ist, kann von einer Vereinfachung durch Gleichsetzung von Täter- und Teilnahmehandlungen keine Rede sein.

Die Notwendigkeit der Unterscheidung erkennen mit Recht Freisler[103]) und jetzt auch v. Dohnanyi[104]) für das neue Strafrecht an.

Im Folgenden werden wir deshalb davon ausgehen, daß das kommende Strafrecht die Teilnahme durch besondere Vorschriften regelt.

Selbst wenn das neue Strafrecht dies nicht tun sollte, so würde auch hier die Frage nach der Behandlung der „besonderen Umstände" der Beteiligten einer Regelung bedürfen.

---

99) Vergl. Beling L. v. V. S. 456.
100) a. a. O. S. 457.
101) § 49a StGB.
102) S. 116 § cc.
103) Das neue Strafrecht S. 91 Anm.

B. Der Begriff des „besonderen Umstandes".

Im ersten Teil[105]) wurde nachgewiesen, daß als „besondere Tatumstände" nur solche in Frage kommen, bei deren Vorliegen nicht aus einem Delikt „eigener Art" ein anderes Delikt „eigener Art" entsteht. Dieser Satz gilt auch für das kommende Strafrecht. Auch hier sind Teilnahmehandlungen nur denkbar, wenn Täter und Teilnehmer bei ein und demselben d. s. g. mitwirken.

Auch wenn wir uns Fälle vor Augen halten, wie im ersten Teil[106]), in denen der Haupttäter nicht das Delikt derjenigen Art begeht, zu dem der Teilnehmer eine Teilnahmehandlung gesetzt hat, so müssen wir de lege ferenda stets zu dem Ergebnis kommen, daß hier keine Teilnahmehandlung vorliegen kann. Das liegt nun mal im Wesen der Teilnahme, wie wir oben[107]) sahen. Daher kann sich auch nicht der Gesetzgeber darüber hinwegsetzen, ohne systematische Fehler zu begehen. Dies hat aber, wie oben[108]) schon hervorgehoben wurde, nichts mit der Frage zu tun, ob derjenige, der eine Teilnahmehandlung zu einem Delikt anderer Art setzt, als das Delikt des Haupttäters, dennoch strafwürdig ist. Wenn der A. den B. veranlaßt, die Uhr des C. durch einen Diebstahl an sich zu bringen und B dies durch einen Betrug tut, oder wenn der X. den Y. veranlaßt, das Schaufenster des Z. einzuschlagen, um Z. zu ärgern, der Y. aber das Schaufenster einschlägt und ausraubt (Einbruchdiebstahl), so ergibt sich zwar, daß A. kein Teilnehmer eines Betruges und X. kein Teilnehmer eines Einbruchsdiebstahls ist, jedoch ist die Frage der Strafwürdigkeit des A. und X. damit nicht entschieden. Die rechtspolitische Frage, ob man die Strafwürdigkeit bejaht oder verneint, ist für die Behandlung der besonderen Umstände auch gleichgültig. Es kommt hier nur darauf an, ob der Gesetzgeber, der sie bejaht, damit eine Unkonsequenz begehen muß. Bei näherer Betrachtung sieht man, daß dies nicht der Fall ist, weil die Bestrafung derartiger Taten kein Eingriff in das Wesen der Teilnahme, sondern nur in deren Akzessorietät ist[109]). Die Handlungen des A. und X. sind erfolglose Teilnahmehandlungen. Ob man sie unter Strafe stellt, hängt mit der Lösung derselben Frage zusammen, ob man die Handlung eines

104) Bericht S. 108 ff.
105) S. 17 ff.
106) S. 18.
107) S. 18 ff.
108) S. 18 ff.
109) Diese Frage der Akzessorietät hat nichts mit der zu tun, ob die Teilnahmehandlung nur rechtswidrig oder schuldhaft sein kann, wenn es die Haupttat ist; sie wird aber von diesen Problemen leider nur selten getrennt behandelt. Vergl. hierüber Schwinge-Zimmerl: Wesensschau S. 36 Anm. 17. Zur Frage der Akzessorietät v. Schuld und Unrecht s. unten S. 53 ff und S. 56 ff.

Veranlassers oder Unterstützers unter Strafe stellen will, wenn ein Haupttäter überhaupt nicht tätig geworden ist; also wenn der M. den N. eine Mordwaffe reicht, weil M. glaubt, N. wolle den O. ermorden, während N. die Waffe annimmt, aber überhaupt nicht daran denkt, dem O. etwas anzutun; hierher gehört endlich auch der Fall, daß sogenannte „Teilnehmer zu einer tatbestandsmäßigen Haupttat" eine sogenannte „Teilnahmehandlung" setzen und der angebliche Haupttäter zwar ein zivilrechtliches Unrecht begeht, aber keins, das unter einen typisierten Tatbestand des Strafgesetzes fällt, z. B. der E. nennt dem F. eine Gelegenheit, wo er den wertvollen Pelzmantel des G. stehlen kann. F. denkt gar nicht an einen Diebstahl, sondern er will sich nur einmal mit dem Pelzmantel des G. auf der Promenade zeigen; er hört sich die Vorschläge des E. an und begeht nur einen straflosen „furtum usus". Es geht bei allen diesen Fällen nur um die rechtspolitische Frage, ob „erfolglose Teilnahmehandlungen" unter Strafe gestellt werden sollen oder nicht. Nichts ändert sich deshalb am Wesen der Teilnahme, nämlich, daß man von ihr nur sprechen kann, wenn Haupttäter und Teilnehmer an einem Delikt derselben Art mitwirken, denn die „erfolglose Teilnahmehandlung" ist gar keine Teilnahme. Bei einer „erfolglosen Teilnahmehandlung" ist überhaupt kein Haupttäter, der tatbestandsmäßiges Unrecht begeht, vorhanden, folglich auch keine Haupttat, an der ein anderer teilnehmen könnte. Die „erfolglose Teilnahmehandlung" — für die ich keinen besseren Ausdruck weiß — hat also mit der Teilnahme nichts zu tun[110]). Stellt der Gesetzgeber sie unter Strafe[111]) — einerlei in welchem Umfang — so bedeutet dies keinen Einbruch in das Wesen und die Abgrenzung der Teilnahme und der „besonderen Umstände" der Teilnehmer. Der Begriff des d. s. g. ist deshalb auch de lege ferenda für die Bestimmung des Begriffs „besonderer Tatumstand der Teilnehmer" maßgebend.

Es wurde gezeigt, daß im geltenden Recht Widersprüche sich daraus ergeben, daß der Begriff des delictum sui generis sich nach formellen Gesichtspunkten bestimmt, die sich mit den rechtsinhaltlichen, die in Wirklichkeit maßgebend sein müßten, nicht decken[112]). Der Gesetzgeber wird also in Zukunft dafür Sorge tragen müssen, daß diejenigen Delikte, die ein und derselben Art angehören und die eine Teilnahmehandlung bilden können, als solche kenntlich sind.

Das kann zunächst ziemlich einfach durch Zusammenfassen je einer Deliktsart zu je einem Abschnitt geschehen. So würde man die Tötungsdelikte, die in den §§ 211—217 und dem § 222 des geltenden

110) Beling L. v. V. S. 458; M. E. Mayer 355 bei Aschrott.
111) S. § 49 a StGB. u. Bericht S. 116 §§ cc. ff. u. Zimmerl z. L. vom Tatbestand S. 127 ff.
112) S. 19 ff.

StGB. geregelt sind, in einem Abschnitt unterbringen und die Abtreibungsdelikte und Aussetzung je als besondere Abschnitte abteilen, denn der Unrechtskern dieser eben genannten 3 Arten ist jeweils verschieden. Bei den Tötungsdelikten ist die Vernichtung des menschlichen Lebens, bei der Abtreibung die Vernichtung des keimenden Lebens und Gefährdung der Schwangeren, sowie die Störung des natürlichen Vorgangs der Bevölkerungsentwicklung[113]) und bei der Aussetzung die Gefährdung eines Hilflosen der Unrechtskern. So ließe sich der Unrechtskern einer jeden Deliktsart herausschälen. Daß dies bei vielen Deliktsarten nicht einfach ist, steht fest. Z. B. wird es nicht leicht sein, zwischen den Arten der Vermögensdelikte — wie schwerer Diebstahl und Raub — eine scharfe Grenze zu ziehen. Auch müßte man den Deliktskern schärfer herausschälen, wie ich dies bei den oben genannten Arten versuchte. Auf nähere Einzelheiten einzugehen, würde in diesem Zusammenhang zu weit führen und müßte deshalb einmal in einer Spezialarbeit geschehen.

Will der Gesetzgeber — wie er es im geltenden Recht bei den Amtsdelikten tat — Delikte in eine Gruppe zusammenfassen, die an sich verschiedenen Deliktsarten angehören, die er aber wegen ihrer Bedeutung gemeinsam herausheben will, so steht dem nichts im Wege. Das Gesetz muß dann nur klaren Aufschluß darüber geben, ob die uneigentlichen Amtsdelikte solche eigener Art sein sollen oder nur Qualifizierungen einer Deliktsart. Wenn letzteres der Fall sein soll, so ließe sich dies z. B. bei der Amtsunterschlagung deutlich machen durch die Fassung:

§ x. Ein Beamter, welcher Gelder oder andere Sachen, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat, unterschlägt, (i. S. von § y — Unterschlagung —) wird . . . .

Die Verweisung auf den Abschnitt, der die Unterschlagung als eigene Deliktsart behandelt, würde eindeutig den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen.

Es dürfte keine zu große Zumutung an den Gesetzgeber sein, wenn man von ihm fordert, auf solche Weise Klarheit über den Begriff des Delikts eigener Art und auch damit des Begriffs „Tatumstand“ zu schaffen.

Daß diese Probleme irgendwie gelöst werden müssen, wenn nicht vom Gesetzgeber, so von der Theorie und Praxis, ergibt sich daraus, daß ein Strafgesetz, das die Teilnehmer bestraft, einerlei, ob durch besondere Vorschriften oder ob es sie durch den Begriff der „Mitwirkung“ erfaßt, zu reinlicher Scheidung der Deliktsarten zwingt. Befaßt sich der Gesetzgeber — wie es de lege lata der Fall

113) Fritzsche Recht 33/173.

ist — überhaupt nicht mit dem Problem und überläßt er die Scheidung in Deliktsarten dem Zufall, so werden auch im kommenden Recht wieder Scheinprobleme[114]) auftauchen wie wir sie oben vom geltenden Recht besprachen.

Ein Gesetzgeber, der die Lösung von Fragen unterläßt, zu deren Regelung er imstande ist, belastet damit nur unnötig Theorie und Praxis. Sollte er etwa von der Überzeugung ausgehen, daß er seiner Aufgabe nicht gewachsen sei und und daher nur bestrebt sein, die Konsequenzen des unvermeidlichen Mißlingens seiner Absicht zu verschleiern, so würde er sich — wie Zimmerl[115]) sagt — selbst ein geistiges Mittellosigkeitszeugnis ausstellen.

Damit kommen wir zu der Frage, wie die einzelnen Tatumstände zu behandeln sind.

C. Die Behandlung der einzelnen Tatumstände.

Als eins der Vorbilder soll zunächst das geltende Recht kritisch betrachtet werden. Wir haben oben[116]) gesehen, daß das StGB. im § 50 eine verschiedene Behandlung der „besonderen Umstände" anordnet, je nachdem diese strafändernder (straferhöhend und mindernd) oder strafentscheidender (strafbegründend und strafaufhebend) Natur sind.

Damit ist bereits eine Ungerechtigkeit vom Gesetz sanktioniert, denn in jedem Strafrecht wird es vorkommen, daß ein und derselbe Umstand einmal strafentscheidender und einmal strafändernder Natur sein wird[117]). Die Beamteneigenschaft wird z. B. auch im künftigen Strafrecht mal strafbegründender mal straferhöhender Umstand sein, geradeso die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit und die Absicht. Sie alle werden als „besondere Tatumstände" nach wie vor eine Rolle spielen[118]).

Kein tieferer Grund ist dafür ersichtlich, daß die Behandlung dieser Umstände in der Teilnahme sich danach zu richten hat, ob sie strafändernd oder strafentscheidend sind, denn die Verschiedenheit der Wirksamkeit ein und desselben Umstandes beruht nicht in dem Wesen des einzelnen Umstandes, sondern im Aufbau und der Zusammensetzung des einzelnen Deliktstatbestandes aus einer bestimmten Summe dieser Umstände[119]).

114) siehe darüber Zimmerl, Aufbau, S. 3.
115) Vgl. oben S. 18 ff.
116) S. 14 ff.
117) Vgl. Beling L. v. V. S. 463; Zimmerl, Lehre v. Tatbestand S. 141 und Z. 54/588.
118) Gerade so wie dies oben S. 15 u. 24 für das geltende Recht gezeigt wurde.
119) So schon Krug S. 24.

Ein Umstand ändert aber nicht dadurch seine Natur und seine strafrechtliche Bedeutung, daß er mal bei einem, an sich schon vollendeten Delikt seine Wirkung ausübt und mal durch sein Hinzutreten erst entschieden wird, ob eine Tat strafwürdig ist oder nicht.

In einem Beispiel wurde oben gezeigt[120]), daß nach dem geltenden Recht derjenige (A.), der einem anderen (B.) Beihilfe leistet, seine (des B.) Tochter (Z.) zu verkuppeln, strafbar ist, während er straflos wäre, wenn er diese Kuppelei selbst vornähme. Das Auffällige dabei ist einmal, daß der A. als Gehilfe mit Zuchthaus und als Haupttäter gar nicht zu bestrafen ist, also die große Kluft, die der Gesetzgeber in der Behandlung von Fällen macht, die in der Strafwürdigkeit ziemlich dicht beieinander liegen. Zum anderen ist auffällig, daß der A. als Gehilfe nicht günstiger behandelt wird, als wenn er als Haupttäter handelt, obwohl das geltende Gesetz grundsätzlich den Haupttäter schwerer bestraft als den Gehilfen. — Das Gewaltigste an dieser Regelung ist aber, daß sie plötzlich völlig anders werden kann, ohne daß an einer der Vorschriften über Teilnahme insbesondere der „besonderen Umstände" sich etwas ändert. Es ist nämlich sehr wohl denkbar, daß der Gesetzgeber die einfache Kuppelei, die weder gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz, noch mit hinterlistigen Kunstgriffen oder trotz Vorliegens eines Verwandtschaftsverhältnisses geschieht (§§ 180, 181 StGB.), unter Strafe stellt. Sie wird ja auch nicht gebilligt. Dann wäre die Gewohnheitsmäßigkeit usw. bei allen Kuppeleidelikten kein strafbegründender Umstand mehr. Für obiges Beispiel würde das bedeuten, daß der A., der bisher als Haupttäter straflos war, die Strafe für einfache Kuppelei zu erwarten hat und als Gehilfe der Verkuppelung der Tochter des B. nunmehr statt der bisherigen Zuchthausstrafe eine Strafe zu gewärtigen hat, die gemäß § 49 geringer wäre als die eines Haupttäters bei einfacher Kuppelei. Das persönliche Verhältnis des B. zur Z. (Vater zur Tochter) wäre ihm gemäß § 50 als ein straferhöhender Umstand nicht mehr anzurechnen. Es ist klar, daß die Tatsache, ob der Gesetzgeber die einfache Kuppelei eines Tages für strafwürdig ansieht, nichts damit zu tun hat, ob die Strafe des Teilnehmers an der Kuppelei des § 181 Ziff. 2 wesentlich herabzusetzen ist. Es würden also ungewollt zwei Fragen gleichzeitig entschieden werden, die gar nichts miteinander zu tun haben. Es ist auch nicht anzunehmen, daß diese notwendige Folge vom Gesetzgeber beabsichtigt ist. Es geht aber daraus hervor, daß die Einteilung in strafändernde und strafentscheidende Umstände nicht richtig sein kann. Der Bericht der amtlichen Strafrechtskommission wählt im Anschluß an den Entwurf von 1927 folgende Fassung[121]):

120) S. 16.
121) S. 116 § bb Abs. II u. III.

„Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Beteiligten, bei dem sie vorliegen.

Wird die Strafbarkeit einer Tat durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet, so genügt es zur Strafbarkeit aller Beteiligten, wenn die Eigenschaften oder Verhältnisse bei einem von ihnen vorliegen. Die Strafe dessen, bei dem sie nicht vorliegen, kann gemildert werden".

Auch im neuen Strafrecht wird es vorkommen, daß ein und derselbe Umstand nicht nur mal straferhöhend, mal strafbegründend ist, sondern auch Gesetzesänderungen werden dort noch vorkommen. Für das neue Strafrecht drohen folglich dieselben Ungerechtigkeiten und Gefahren, die wir bei der Betrachtung des geltenden Rechts kennen lernten.

Eine wesentliche Verbesserung bringt auch nicht der Bericht, wenn er anordnet: „... Strafe dessen, bei dem ein solcher Umstand nicht vorliegt, kann gemildert werden". Die sinngemäße Behandlung derjenigen strafbegründenden Umstände, die bei einem Täter oder Teilnehmer vorliegen und beim anderen nicht, will hier der Bericht dem Richter und der Rechtsprechung überlassen. Im günstigsten Falle wird die Folge sein, daß bei sämtlichen „besonderen Umständen", die als strafbegründend im Gesetz vorkommen, ein Streit in Wissenschaft und Rechtsprechung einsetzen wird, bei welchen Umständen von diesem „kann" Gebrauch gemacht werden darf und bei welchen nicht. Es besteht dann die Aussicht, daß nach längerem Inkraftsein des Gesetzes sich eine einheitliche Rechtsprechung herausbildet, die bei den einzelnen strafbegründenden Umständen Richtlinien gibt, wo es zweckmäßig ist, dieses „kann" anzuwenden. Damit kann sich die Theorie natürlich nicht begnügen. Solange sich eine einheitliche Rechtsprechung nicht gebildet hat — das wird in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes der Fall sein — werden derartige Fälle von den einzelnen Gerichten verschieden behandelt werden, was besonders beim Laien das Gefühl der Ungerechtigkeit hervorrufen wird[122]). Im übrigen bietet die sich herausbildende einheitliche Rechtsprechung nicht die Gewähr, diese Richtlinien so vollkommen zu geben, wie der Gesetzgeber es tun könnte, denn die Rechtsprechung beschäftigt sich ja nur mit konkreten Fällen.

Wenn aber ein Gesetzgeber eine Bestimmung des allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches so allgemein hält, daß er keine Klarheit darüber verschafft, wie eine notwendige Unterscheidung bei ihr auszusehen hat, so droht bei ihm der besondere Teil so auszufallen, daß bei ihm die notwendige Unterscheidung gar nicht mehr möglich

122) Vgl. oben S. 33.

ist. Es entstehen dann die unlöslichen Widersprüche, wie wir sie oben[123]) im geltenden Recht bei der Abgrenzung des Begriffs „besonderer Umstand“ kennen lernten.

Genau so unbegründet wie es im geltenden Recht erscheint, daß „besondere Umstände“, weil sie strafausschließend sind, allgemein wirken sollen, ist dies mit der individuellen Wirkung der strafausschließenden Umstände für das kommende Strafrecht. Ein Beispiel würde die Notwehr sein. Nach der bisherigen Einteilung in „persönliche“ Eigenschaften und Verhältnisse wäre es zwar zweifelhaft, ob diese gerade zu den persönlichen Verhältnissen zu zählen wären. Da der Bericht sowie der Entwurf von 1927 aber von „besonderen“ Eigenschaften und Verhältnissen sprechen, so ist die Notwehr zu den in Frage kommenden „besonderen Umständen“, die die Strafbarkeit ausschließen, zu zählen. Und da ergibt sich folgendes eigenartige Ergebnis: Derjenige Teilnehmer einer Notwehrhandlung, der nicht weiß, daß der Haupttäter in Notwehr handelt, muß bestraft werden, denn ihm sind die „besonderen Verhältnisse“, unter denen der Haupttäter handelt, nicht anzurechnen. Da Notwehrhandlungen nicht rechtswidrig sind, bedeutet das, den Teilnehmer an nichtrechtswidriger Haupttat bestrafen. Man kann also bei den strafausschließenden Umständen genau so wenig wie bei den strafbegründenden Umständen generell sagen, ob sie individuell anzurechnen sind oder allgemein wirken[124]). Von den Entwürfen[125]) ist zu sagen, daß sie sämtlich ebenfalls die Unterscheidung danach treffen, ob ein Umstand strafbegründend, straferhöhend, strafmildernd oder strafaufhebend ist. Sie kommen deshalb ebensowenig als geeignete Grundlage für ein neues Strafrecht in Frage.

Außer der Einteilung in strafbegründende, strafändernde und strafausschließende besondere Umstände kennen Gesetz, Entwurf von 1927 und der Bericht noch eine weitere. Für die individuelle Anrechnung kommen nach dem StGB. nur „persönliche“ und nach dem Entwurf und dem Bericht nur „besondere“ Eigenschaften und Verhältnisse in Betracht. Das Wort „persönliche“ hat der Entwurf 1927 durch „besondere“ ersetzt, um damit eventuelle Zweifel darüber, ob auch Rückfall und Gewohnheitsmäßigkeit zu den „persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen“ gehören, auszuschließen[126]).

---

123) S. 35 ff.

124) Weitere kritische Betrachtungen, die sich zwar auf den Entwurf v. 1927 beziehen, aber wegen der Ähnlichkeit des § 32 des Entwurfs mit dem Bericht auch hier maßgebend sind, s. bei Zimmerl: Aufbau S. 154, Z. 54/589 u. Lehre v. Tatbestand S. 137 ff.

125) Vorentwurf 1909 § 80; Gegenentwurf 1911 § 34; Kommissionsentwurf 1913 § 37 II; Entwurf 1919 § 30 II; Entwurf 1925 § 32; Reichstagsvorlage 1927 § 32; Reichsratsvorlage 1925 § 28.

126) Amtl. Begründung des Entwurfs v. 1927 S. 30.

Die richtige Kritik hierzu dürfte aus dem Versuch der Auffindung einer richtigen Einteilung der besonderen Umstände und der richtigen Behandlung nach rechtsinhaltlichen Gesichtspunkten von selbst hervorgehen. Hierzu müssen wir uns mit den verschiedenen Lehren auseinandersetzen, die in der Wissenschaft die Lösung des Problems unternommen haben.

D. Die einzelnen Theorien.

Zunächst ist v. Buri[127]) zu nennen. Er unterscheidet Qualifikationen, die sich im Erfolge objektivieren, und solche, die an der Person haften. Die Schwierigkeit besteht nun darin, zu sagen, wann eine Objektivierung im Erfolge vorliegt. Denn in der Person eines Teilnehmers liegende Qualifikationen können auch so beschaffen sein, daß sie sich im Erfolge objektivieren. Als beispiele nennt v. Buri den Fuhrmann, der eine ihm anvertraute Sache unterschlägt oder den Goldarbeiter, der Kupfer statt Gold verkauft. Als Qualifikationen, die mit dem Objekt nicht in Berührung kommen, betrachtet von Buri z. B. Jugend, Rückfall und die allgemeinen Straferhöhungs- und Strafmilderungsgründe.

Hier fehlt noch ein näheres Unterscheidungsmerkmal. Warum v. Buri gerade den Teilnehmer am Rückfalldelikt anders behandeln will als den an dem oben genannten Fuhrmannsdelikt, läßt sich gefühlsmäßig vielleicht verstehen, nicht aber mit der Begründung v. Buri's rechtfertigen. Man kann sowohl bei dem einen wie bei dem anderen Umstand sagen, daß er besonderen Unwillen bei den Mitmenschen erregt. Insofern läßt sich eine Objektivierung im Erfolge finden. Diese kann man aber schließlich bei jeder Qualifizierung sehen. Sie dürfte also nicht das wesentliche Unterscheidungsmerkmal sein und ist daher ungeeignet, die gewünschte Unterscheidung zu bringen.

Redslob sagt[128]), der Begriff, den v. Buri mit der Objektivierung verbinde, existiere gar nicht; die Beziehung selbst lasse sich nicht einmal an v. Buri's eigenen Beispielen nachweisen.

Weiter ist Kohler[129]) zu nennen, da seine Ausführungen nicht nur als Auslegung des geltenden Rechts gedacht sind. Er läßt individuelle Anrechnung nur bei denjenigen Umständen zu, bei denen ein Rechtsgut nur von e i n e m Personenkreis verletzt werden kann. Hierher rechnet er Verwandtschaft, Beamtenqualität, Untertanenverhältnis u. a. Dagegen will Kohler die Jugend, Überlegung beim Mord, gewinnsüchtige Absicht nicht individuell anrechnen. Der Grund der Unterscheidung will wenig einleuchten. Daß manche

127) S. 12 f. S. 72 f.
128) S. 32.
129) Studien S. 137 f.

Rechtsgüter nur von gewissen Personen als Haupttäter verletzt werden können, hindert nicht zu erkennen, daß derjenige, der diesem Personenkreis nicht angehört, als Teilnehmer imstande ist, zu der Rechtsgüterverletzung beizutragen, die er als Haupttäter nicht begehen kann. Untertanentreue kann auch ein Nichtuntertaner verletzen helfen. Damit ist freilich nicht gesagt, daß er genau so schwer zu bestrafen ist wie der Untertan selbst[130]). Die Ansicht Kohlers ist deshalb auch de lege ferenda abzulehnen.

Die Theorie Krugs ist folgende: Er teilt[131]) die „besonderen Umstände" ein in Willensumstände, Handlungsumstände und Erfolgsumstände. Die Willensumstände sollen stets individuell wirken. Die Erfolgsumstände sollen stets allgemein wirken, und die Handlungsumstände sollen individuell oder allgemein wirken, je nachdem sie vor oder hinter dem Vereinigungspunkt der Handlung liegen.

Zu diesem Ergebnis kommt Krug über folgenden Weg: Er sieht in jedem Delikt einen Teil der Kausalketten, die vom Unendlichen bis ins Unendliche laufen. Der Teil, dieser Kausalkette, der Delikt ist, soll begrenzt sein vom menschlichen Willen als Anfangs- und dem Erfolg als Endpunkt[132]), dazwischen liege die Handlung. Die Anwendung der eben genannten Einteilung begründet Krug dann folgendermaßen[133]): Die einzelnen Teilnehmer unterschieden sich voneinander im zum Erfolg führenden Willen. Von jedem der Teilnehmer gehe ein eigener Wille aus, dieser sei individuell an die Persönlichkeit geknüpft, deren Teil er sei. Daher sei Gemeinsamkeit des Willens nicht denkbar.

Dagegen sei das Delikt der Teilnehmer vom Einzeldelikt im Erfolge unterschieden. Das Zusammenwirken zu einem Erfolge sei es, was die Teilnehmer als solche vereinige. In der Einheitlichkeit des Erfolges bekunde sich die Einheitlichkeit des Deliktes.

Bei der Handlung seien aber verschiedene Stadien zu unterscheiden. Einmal müsse aus jedem Wille zunächst eine selbständige Handlung entspringen, weil nur so der individuelle Wille sich zu äußern vermöge. Andererseits aber könne man im Erfolge nicht das Produkt mehrerer getrennter und unverbundener Handlungen sehen, denn ein solches zufälliges und voneinander unabhängiges Zusammenwirken Mehrerer erfülle lediglich den Begriff der Nebentäterschaft, niemals den der Teilnahme. Hieraus folge notwendig, daß die ursprünglich besonderen Handlungen sich vor dem Erfolge vereinigten und dann in gemeinsamer Wirksamkeit zu ihm hin-

130) s. oben S. 11 u. vgl. unten 126 ff.
131) S. 38.
132) S. 32.
133) S. 36, 37.

strebten. Betrachte man die Handlungen als vom Willen in Bewegung gesetzte Kausalreihen, so ersehe man sofort, wo dieser Vereinigungspunkt liege.

Dabei beruft sich Krug[134]) auf den Satz, daß die bloße Gedankensünde ohne kausale äußere Wirkung niemals strafrechtliche Schuld erzeuge, so auch niemals die bloße Vorstellung von der Gemeinsamkeit, sondern lediglich tatsächliche ursächliche Verbundenheit vermöge strafrechtliche Schuldgemeinschaft zu bewirken.

Der Fehler der Krug'schen Theorie liegt in dieser Auffassung und Behandlung der Tatmomente. Krug kommt mit seiner Theorie zu dem Ergebnis[135]), daß der Teilnehmer an einem mehraktigen Delikt, bei dem er nur beim zweiten Akt tätig ist, während er den ersten Akt billigt, nur als Teilnehmer zu dem Delikt, das diesen zweiten Akt darstellt, zu bestrafen ist. Wenn also z. B. ein Dieb allein das Behältnis erbricht, dann aber, weil er die Beute zu schwer findet, einen Kollegen herbeiruft, der ihn unterstützt, so ist dieser Kollege nach Krug nur wegen einfachen Diebstahls zu bestrafen. Dabei dürfte Krug das Wesen der Teilnahmelehre verkannt haben. Ihr ist es gerade wesentlich, daß Verbrecher, die sich die Arbeit teilen, für das volle Verbrechen zur Verantwortung gezogen werden können.

Redslob[136]) hat die Unmöglichkeit der Krug'schen Theorie auch mit Beispielen beleuchtet, bei denen die Teilnahme an nur einem Akt straflos bleiben müßte. Z. B. der A. verleitet die B. zur Ehe, indem er sie arglistig über ein gesetzliches Ehehindernis täuscht und indem der Standesbeamte C. im Einverständnis mit A. zur Eheschließung schreitet. Hier dürfte Krug den C. nicht wegen Beihilfe zur Eheerschleichung bestrafen. Er müßte ihn straflos lassen, weil er keine Handlung begangen hat, die unter einen gesetzlichen Tatbestand fällt. Krug würde sich hier — wie Redslob[137]) treffend ausführt — auf seine Position berufen, daß die bloße Gedankensünde ohne kausale äußere Wirkung niemals strafrechtliche Schuld erzeuge und so auch niemals die bloße Vorstellung von der Gemeinsamkeit, sondern lediglich tatsächliche, ursächliche Verbundenheit strafrechtliche Schuld zu bewirken vermögen.

Weiter führt Redslob treffend aus, daß der Gesetzgeber dem zu verursachenden Erfolg einen beliebigen Inhalt geben könne, daß er ihn aus mehreren Teilerfolgen zusammensetzen könne und daß dann derjenige, der einen der Teilerfolge verursacht, auch für den Gesamterfolg kausal wird.

---

134) S. 38.
135) S. 67.
136) S. 28.
137) S. 29.

Ferner hält Redslob[138]) Krug entgegen, er sei unkonsequent, weil er einmal in den Handlungen Kausalreihen sähe, bei denen jeder nur für das verantwortlich gemacht werden dürfe, was er verursacht habe, und indem er andererseits stets individuelle Anrechnung der Willensmomente fordere. Auch ein Motiv könne von einem anderen hervorgerufen und damit verursacht werden. Z. B. der A. stiftet den B. zu einer Kindsunterschiebung an, indem er in B. die gewinnsüchtige Absicht hervorruft, während er selbst aus ganz anderen Motiven handelt. Hier ist A. kausal für die gewinnsüchtige Absicht B.'s. Krug würde sie aber nur dem B. und nicht dem A. als Qualifizierung zurechnen. —

V. Birkmeyer[139]) wendet sich gegen v. Buri's Lehre von der Objektivierung persönlicher Eigenschaften im Erfolg und kommt zu dem Ergebnis, eine Objektivierung finde statt, wenn ein Moment sich derart im Erfolg ablagere, daß dieser Erfolg auch bestehen bleibe, wenn man ihn gänzlich losgelöst von seinen Ursachen betrachte. Man wird sich zunächst fragen, was v. Birkmeyer unter Erfolg versteht. Meint er dasselbe wie Krug, also nur den sinnlich wahrnehmbaren Rest der Handlung, so ist seine Theorie aus denselben Gründen wie die Krug'sche abzulehnen. Sie läßt sich dann nicht mit der Teilnahmelehre vereinbaren. Meint v. Birkmeyer aber die ganze Ursachenreihe von der Betätigung bis zum Enderfolg, wie Redslob[140]) ihn wohl richtig auffaßt, so dürfte sich v. Birkmeyers Lehre wohl kaum von der Redslob'schen unterscheiden, der individuelle Anrechnung der Willensmomente im Gegensatz zu den Tatmomenten fordert[141]).

Zur individuellen Anrechnung der Willensmomente kommt Redslob, indem er persönliche Anrechnung des besonderen Gegenmotivs[142]), des besonderen Motivs[143]), sowie der besonderen Willensintensität[144]) fordert, die er als Willensmomente zusammenfaßt.

Die Theorie Redslobs bietet nicht die Angriffsflächen wie die bisher genannten. Sie kann aber deshalb nicht vollbefriedigen, weil sie keine vollkommene Lösung des Fragenkomplexes bringt. Ohne Schwierigkeiten lassen sich nicht alle Gesichtspunkte, die für die Strafwürdigkeit Bedeutung haben und die im Gesetz in der Form eines „besonderen Umstandes" einen Niederschlag gefunden haben, sub-

138) S. 24.
139) Lehre von der Teilnahme S. 74, 75.
140) S. 35.
141) S. 56.
142) S. 46.
143) S. 54.
144) S. 55.
145) S. 59, 50.

sumieren. Da ist z. B. die Beamteneigenschaft; Redslob subsumiert sie unter die Willensmomente[145]). Vom Beamten erwarte man größere Gegenmotive als von einem Nichtbeamten, und deshalb sei die Beamteneigenschaft ein Willensmoment. Folgerichtig ist, daß Redslob aus diesem Grunde die Teilnahme eines Nichtbeamten am eigentlichen Amtsdelikt für straflos hält. Redslob müßte als weitere Konsequenz fordern, daß der Gesetzgeber bei jedem Delikt, also auch bei Mord, Diebstahl u. a., die im Amte begangen werden, für Beamte eine höhere Strafe androht[146]). Soll man hier nicht auch vom Beamten, da er durch seinen Treueid auf Staat und Volk eine besondere deutliche Vorstellung von der Gemeinschädlichkeit einer Straftat hat, größere Gegenmotive erwarten? Redslob zieht diese Konsequenz nicht. Und bei näherer Betrachtung der Amtsdelikte sieht man auch, daß sich der „besondere Umstand" der Amtsdelikte nicht allein im Willensmoment erschöpft. Das hat Krug schon richtig erkannt. Er nennt die Amtsdelikte nicht nur bei den Willensumständen[147]), sondern auch bei den Erfolgsumständen[148]). An der letzten Stelle weist er darauf hin, daß der Beamte noch ein weiteres Rechtsgut, nämlich die beamtliche Disziplin verletzt. Diesem Gesichtspunkt lassen sich m. E. noch weitere beifügen, nämlich, daß der Beamte als Träger des Staates die Autorität des Staates erschüttert, wenn er ein schlechtes Vorbild gibt und endlich auch, daß er das Ansehen des Beamtenstandes schädigt. Merkwürdigerweise nennt Redslob diesen letzteren Grund auch. Diese letztgenannten Gründe lassen sich auf jeden Fall nicht unter die Willensmomente subsumieren. Ihre Unterbringung bei den Tatmomenten Redslobs ist nicht ohne Zweifel. Zwar kann man aus den Worten Redslobs[149]) entnehmen, daß er in der Tat eine Reihe fortlaufenden Geschehens sieht, ohne Rücksicht, ob die einzelnen sie konstituierenden Teilerfolge noch sinnlich wahrnehmbar sind, so daß man vielleicht deshalb darauf kommen könnte, die oben genannten Rechtsgutverletzungen unter die Tatmomente zu subsumieren. Diese Zweifel zeigen, daß der Begriff „Tatmomente", wie ihn Redslob auffaßt, nicht ganz treffend ist, daß ihm auf jeden Fall eine gewisse Klarheit fehlt. — Deutlicher wird dies noch, wenn man die Frage stellt, wo nach Redslob die „subjektiven Unrechtselemente" zu subsumieren sind. Man muß hier selbstverständlich Redslob zugute halten, daß diese noch nicht von reden machten, als Redslob seine Lehre aufstellte.

Noch zu einer anderen Frage läßt die Lehre Redslob eine Stellungnahme vermissen. Wenn er von der höchstpersönlichen Unrech-

146) s. unten S. 60.
147) S. 42.
148) S. 60, 61.
149) S. 19, 20.

nung der Willensintensität spricht, so sollte man daraus schließen, die Tatumstände färbten sowohl vom Täter auf den Teilnehmer ab, als auch vom Teilnehmer auf den Täter. Ob Redslob auch das Letztere gewollt hat, ist zweifelhaft, sie wird auch von den anderen bisher besprochenen Schriftstellern nicht angeschnitten. Jedenfalls bedarf diese Frage de lege ferenda einer Klärung, zumal es hier bereits zwei Ansichten gibt. Nach dem Entwurf von 1927 und dem Bericht der amtlichen Strafrechtskommission soll es nämlich auch „besondere Umstände" geben, die vom Teilnehmer auf den Täter abfärben. Und zwar sollen es die strafbegründenden Umstände sein. Der Entwurf von 1927[150]) begründet dies mit einem Strafbedürfnis für derartige Fälle. Er dachte — wie sich aus der Begründung ergibt — an den Fall, daß ein Beamter einen Nichtbeamten zu einem echten Amtsdelikt veranlaßt, d. h. zu einer Tat, die nur Unrecht ist, wenn sie ein Beamter begeht. Da, wie Zimmerl[151]) treffend ausführt, ein solcher Fall nicht möglich ist, fällt auch der Begründung keiner ein, den sie als Beispiel anführen könnte, und deshalb bringt sie einen ähnlichen: Ein Arzt veranlaßt seine Frau, die zufällig von anderswo das Geheimnis eines Patienten kennt, dieses weiter zu erzählen. Hier erscheint es schon recht seltsam, daß der Arzt strafbar sein soll, da er gar nicht unrecht handelt. Die Schweigepflicht des Arztes hat doch ihren Sinn darin, dem Patienten Vertrauen einzuflößen, damit er seine Krankheit rückhaltlos erzählt. Das zu schützende Rechtsgut wird aber nicht verletzt, wenn es ein anderer, der das Geheimnis nicht von einem Arzt weiß, weitererzählt. Der Patient, der seine Geheimnisse einem Nichtarzt anvertraut, darf selbstverständlich nicht auf Schweigen rechnen. Der Arzt ist aber richtigerweise überhaupt nicht zu bestrafen. Der Entwurf und der Bericht wollen aber nicht nur den Arzt, sondern sogar die Frau des Arztes mitbestrafen, obwohl diese gar keine Schweigepflicht hat und auch keine fremde Schweigepflicht brechen hilft, wenn sie das Geheimnis nicht von dem Arzt erfahren hat. Merkwürdigerweise ist die Entwurfbegründung bei einem anderen Fall einsichtiger: Wenn A. den B. veranlaßt, mit seiner — des A — Tochter den Beischlaf zu vollziehen, so ist nach dem Wortlaut des § 32 des Entwurfs und § bb des Berichts der A. wegen Anstiftung zur Blutschande zu bestrafen. Hier stellt die Begründung des Entwurfs es als selbstverständlich hin, daß hier gar keine rechtswidrige Haupttat vorliegt. Dies geschieht auf derselben Seite, auf der er die Strafwürdigkeit des Arztes, der seine Frau zum Weitererzählen des ihr bekanntgewordenen Geheimnisses veranlaßt, behauptet, ohne zu erkennen, daß auch in diesem Falle die Haupttat nicht rechtswidrig ist.

150) S. 30.
151) Aufbau S. 154.

Auf diesen Fehler des Entwurfs hat Zimmerl nicht einmal, sondern wiederholt hingewiesen[152]). Trotz der einwandfreien Beweisführung Zimmerls erscheint diese unglückliche Gesetzesfassung leider im Bericht und droht im neuen Strafrecht Gesetz zu werden.

Auch bei Beling[153]) finden wir eine Stellungnahme zum Problem der „besonderen Umstände". Beling wendet sich gegen die Durchbrechung der Korrespektivität zwischen Hauptstrafdrohung und Teilnahmehandlung, wie sie der § 50 StGB. bringt[154]). Er ist der Meinung, daß die Teilnahme, da sie ihrem innersten Wesen nach nur ein bloßer Zusatz zum Tatbestandskern ist, dieser der Teilnahmehandlung derart ihr Gepräge aufdrücke, daß es logisch nicht zu rechtfertigen sei, wenn tatbestandliche Persönlichkeitsrequisite auf die Außenzone (Teilnahme) übertragen würden; das bedeutet einmal, daß derjenige, der an einem Delikt teilnimmt, das Persönlichkeitsrequisite aufweist (Militär- oder Amtsdelikt), ohne daß bei ihm selber die Persönlichkeitsrequisite vorliegen, dennoch als Teilnehmer eines Militär- oder Amtsdelikts bestraft werden müsse und nicht als Teilnehmer des einfachen Deliktes, wie es im geltenden Recht — z. B. bei den unechten Amtsdelikten — der Fall ist. Umgekehrt folgt daraus, daß der Beamte oder Militär, der an einem gemeinen Delikt teilnimmt, nur nach Maßgabe der einfachen Grundstrafdrohung strafbar ist, weil kein Anlaß bestehe, den Beamten oder Militär, der an einem gemeinen Delikt teilnehme, so zu bestrafen, als ob er an einem Beamten- oder Militärdelikt teilgenommen habe. Diese Regel wendet Beling aber auch da ausdrücklich an, wo ein „besonderer Umstand" in einer besonderen Schuldausgestaltung besteht.

a) Also wenn der Haupttäter einen anderen mit Überlegung tötet, so soll der Teilnehmer, wenn er wußte, daß der Haupttäter mit Überlegung handelte, unter Zugrundelegung des erhöhten Strafrahmens bestraft werden.

b) Wenn das Qualifikationsmoment beim Haupttäter fehlt, oder wenn der Teilnehmer nicht weiß, daß es beim Haupttäter vorliegt, so soll es dennoch dem Teilnehmer angerechnet werden, wenn er es in eigener Person hat. Dies ist eine Durchbrechung der Korrespektivität — wie Beling selbst zugibt — und zwar die einzige, die Beling für berechtigt hält.

c) Fehlt das Qualifikationsmoment beim Haupttäter und Teilnehmer, oder glaubt der Teilnehmer, der seiner selbst ermangelt, es läge beim Haupttäter nicht vor, so sei der Teilnehmer unter Zugrundelegung des einfachen Strafrahmens zu strafen.

---

152) Tatbestand 142, Aufbau 154, Z. 54/589.
153) L. v. V. S. 463 ff.
154) Daß Beling eine Scheidung in strafändernde u. strafentscheidende Umstände ablehnt, vgl. o. S. 38 Anm. 1.

Beling kritisiert, der § 50 arbeite mit Fiktionen. Ihm ist aber entgegenzuhalten, daß er selbst da mit diesen angeblichen Fiktionen arbeitet, wo er eine Durchbrechung der Korrespektivität zuläßt. Das ist einmal unter b) der Fall, wo es Beling selbst zugibt, aber auch unter c) in demjenigen Fall, in dem beim Teilnehmer der einfache Strafrahmen zugrunde gelegt werden soll, weil er nicht weiß, daß beim Haupttäter die Qualifizierung vorliegt und weil sie bei ihm selbst auch fehlt. Dieses Ergebnis würde v. Beling wahrscheinlich mit der Vorsatzlehre rechtfertigen. Das ist auch nicht falsch, aber eine Durchbrechung der Korrespektivität ist es trotzdem.

Im Falle a) entscheidet Beling nicht richtig. Man kann nicht einfach sagen, daß Schuldmomente des Haupttäters, die der Teilnehmer kennt, folglich auf den Teilnehmer abfärben[155]). Die richtige Auffassung vertritt hier das österreichische Strafgesetzbuch im § 5 II. Dort heißt es: „Entschuldigungsumstände, welche die Strafbarkeit eines Verbrechens für den Täter oder für einen der Mitschuldigen oder Teilnehmer nur vermöge persönlicher Verhältnisse desselben aufheben, sind auf die übrigen Mitschuldigen nicht auszudehnen." — Diese Gesetzesstelle ist aber deshalb zu eng, weil sie nur von den schuldausschließenden Umständen, nicht aber von den die Schuld erhöhenden, mindernden oder begründenden Umstände handelt. Sie bringt aber den Grundgedanken zum Ausdruck, daß auf die Schuld bezügliche Umstände streng persönlich wirken. Wie freilich diejenigen Umstände zu behandeln sind, die sich nicht auf die Schuld beziehen, und welche diese sind, läßt leider auch das österr. Strafgesetzbuch vermissen.

Mit Beling ist hier auch v. Bar zu nennen. Er will dem Anstifter die Tat so zurechnen, wie sie der Täter begeht[156]). Auch erschwerende Momente, die in der persönlichen Beziehung der Schuld ihren Grund haben, sollen dem Anstifter wie bei Beling angerechnet werden, während erschwerende Momente niemals vom Anstifter auf den Teilnehmer übertragen werden sollen[157]). Eine Ausnahme macht v. Bar. Schuldmomente, die in der Entstehung des Willens liegen, sollen der Übertragung nicht fähig sein. Woran diese letzteren kenntlich sein sollen, ist nicht recht klar. v. Bar zählt zu ihnen Überlegung, Affekt, Rückfall, Gewohnheit, Gewerbsmäßigkeit, Handeln im jugendlichen Alter oder bedrängter Lage[158]).

Endlich ist Zimmerl zu nennen, der sich wiederholt eingehend

155) weil Schuld etwas höchstpersönliches ist, siehe unten S. 56 aber auch S. 63 ff.
156) S. 662.
157) S. 663.
158) S. 664.

mit den Problemen beschäftigt hat[159]). Er kommt zu dem Ergebnis, daß Umstände, die das Unrecht der Ausführungshandlung begründen, erhöhen, vermindern oder ausschließen, auch die Strafbarkeit der übrigen Beteiligten im gleichen Sinne beeinflussen müssen, während Umstände, die die Schuld eines der Beteiligten begründen, erhöhen, vermindern oder aufheben, nur die Strafbarkeit desjenigen beeinflussen, bei dem sie vorliegen[160]).

Wegen des vielseitigen Meinungsstreites lohnt es einmal, auf die tieferen Gründe zurückzugehen, die eine verschiedenartige Behandlung der „besonderen Umstände" rechtfertigen und zu prüfen, ob das Problem nicht schon durch die Wahl gewisser Grundlagen durch den Gesetzgeber zu einer bestimmten Regelung mit logischer Notwendigkeit zwingt und damit eigentlich schon vorentschieden ist.

Die hier in Frage stehenden „besonderen Umstände" spielen nur eine Rolle in der Teilnahmelehre. Für die „besonderen Umstände" bedeutet dies, daß man stets die Besonderheiten, die sich dadurch ergeben, daß die Teilnahmehandlung stets in einer besonderen Beziehung zu einer anderen Tat steht, im Auge haben muß. Ob und inwiefern die Haupttat der Teilnahmehandlung ihr Gepräge aufzudrücken vermag, ist zu prüfen. Wenn die Beziehung eine Abhängigkeit der Teilnahmehandlung von der Haupttat oder gar umgekehrt zur Folge hat, so ist auch zu prüfen, ob dieses Abhängigkeitsverhältnis auch die „besonderen Umstände" umfaßt. Dies muß dann der Fall sein, wenn jeder „besondere Umstand" sich unter Verbrechenselemente subsumieren läßt, hinsichtlich derer die akzessorische Teilnahmelehre mit logisch-systematischen Gründen vorschreibt, ob sie individuell anzurechnen sind, ob sie abfärben oder vom Vorliegen beim einen oder anderen Beteiligten abhängig sind.

Die bisher übliche Einteilung der „besonderen Umstände" in strafbegründende, straferhöhende, strafmindernde und strafausschließende Umstände läßt sich zwar bei Einteilung der „besonderen Umstände" nach rechtsinhaltlichen Gesichtspunkten nicht verwerten[161]), sie weist uns aber darauf hin, welches das Gemeinsame sämtlicher „besonderen Umstände" ist. Sie alle haben entscheidende Bedeutung für die Strafwürdigkeit. Folglich müssen sich sämtliche „besonderen Umstände" unter diejenigen Verbrechenselemente subsumieren lassen, die für die Strafwürdigkeit maßgeblich sind. Da gibt es aber nur 2 Gruppen, die Schuld- und die Unrechtselemente. Unter sie lassen sich auch tatsächlich alle „besonderen Umstände" sub-

---

159) Lehre vom Tatbestand, S. 137 ff., Aufbau S. 138 ff., Z. 49/39 ff. und 54/575 ff.
160) Vergl. Schwinge-Zimmerl: Wesensschau S. 53, Zimmerl: Z. 54/586.
161) Wie wir oben S. 38 ff. sahen.

summieren. So z. B. die Rückfälligkeit. Bei einem Rückfalldieb ist der persönliche Hang des Täters zum Diebstahl, also seine Schuld so groß, daß er trotz erlittener Strafe die Tat wieder begeht. Diese Schuldausgestaltung war für den Gesetzgeber maßgebend, hier einen besonderen Strafrahmen zu schaffen. — Beim Einsteigediebstahl ist es das Zusammenwirken zweier Unrechtshandlungen (Diebstahl und Hausfriedensbruch), die durch die Art ihres Zusammentreffens das Delikt besonders gefährlich machen und die deshalb das Unrecht erhöhen. — Endlich können auch Schuld- und Unrechtselemente gleichzeitig auftreten, wie z. B. beim Notdiebstahl. „Geringwertige Gegenstände" mindert einerseits das Unrecht, und „aus Not" andererseits ist ein Motiv, das die Schuld mindert. Für ein modernes Strafrechtsystem sind auch nur diese beiden Arten von Verbrechenselementen denkbar, da nur sie den Gesetzgeber veranlassen können, von einer Tat zu bestimmen, ob sie strafwürdig oder ob sie mehr oder weniger oder gar nicht strafwürdig ist. Auch die Gefährlichkeit kann neben diesen Verbrechenselementen die Strafwürdigkeit nicht selbständig beeinflussen, weil sie entweder Schuld- oder Unrechtselement ist. Als Schuldelement begegnet uns die Gefährlichkeit beim Rückfall[162]) und als Unrechtselement z. B. beim Dieb, der Waffen bei sich führt.

Einige wenige Ausnahmefälle von diesem Grundsatz gibt es jedoch da, wo der Gesetzgeber aus Gründen, die mit der Schuld und dem Unrecht nichts zu tun haben, von Strafe absieht. — Wenn z. B. Devisenvergehen amnestiert werden[163]), weil der Staat die Rettung der Devisen für das Volksvermögen für wichtiger erachtet als die Sühne, so hat diese Abwägung mit Gründen, die die Strafwürdigkeit angehen, absolut nichts gemein. Ob eine derartige Amnestie allgemein oder nur für einige Mitwirkende gilt, ist verschieden und läßt sich auch nicht unter eine strafrechtliche allgemeine Regel bringen. Einige derartige Strafausschließungsgründe sind auch im geltenden Recht z. T. bei den „bloßen Strafbarkeitsbedingungen" untergebracht. Sie sind zu verschiedenartig, als daß man sie auf einen gemeinsamen Nenner bringen könnte. Man muß also hier bei jedem einzelnen Gesetz prüfen, ob der Umstand sinngemäß persönlich anzurechnen ist oder nicht. Es dürfte wohl ohne weiteres einleuchten, daß die Abgeordnetenimmunität nur höchst persönlich wirkt, während die Straflosigkeit bei Straftaten gegen fremde Staaten, deren Strafbarkeit von der Verbürgung der Gegenseitigkeit bedingt ist, auf jeden Mitwirkenden Anwendung findet.

Außer den außerstrafrechtlichen Strafausschließungsgründen — die also ganz oder teilweise ohne Rücksicht auf Schuld oder Unrecht

162) Näheres bei Zimmerl, Aufbau S. 216 ff.
163) vergl. Gesetz v. 15. 12. 36 § 1 II, III, RGBl. I S. 1015.

bestehen — sind allenfalls noch außerstrafrechtliche Strafmilderungsgründe denkbar. Für das geltende Recht ist mir keiner bekannt. Dagegen ist es undenkbar, daß eine Strafe durch einen außerstrafrechtlichen Gesichtspunkt begründet oder erhöht wird. —

E. Die Stellung der Unrechts- und Schuldelemente in der akzessorischen Teilnahmelehre.

Betrachten wir einmal die Stellung der Unrechts- und Schuldelemente in der akzessorischen Teilnahmelehre. Da — wie wir gleich sehen werden — diese Verbrechenselemente verschiedene Bedeutung haben, hat es auch keinen Sinn, sie als eine Einheit zu bezeichnen. Wollte man Tatbestandsmäßigkeit, Schuld und Unrecht wie Dahm[164]) und Schaffstein[165]) zu einem undifferenzierten Verbrechensbegriff zusammenfassen, so würde dies einen Rückschritt hinter Beling bedeuten, wie Wolf[166]) treffend bemerkt. Das paßt aber nicht auf unser heutiges Recht, weil die Praxis diese Elemente doch wieder unterscheiden muß. Auch liegt darin eine Zerstörung der alten Systematik ohne Ansatz zu einer neuen[167]). Man wende auch nicht ein, die Unterscheidung von Schuld und Unrecht sei mit dem Willensstrafrecht und der nationalsozialistischen Weltanschauung nicht vereinbar. Bei Freisler[168]), der den Ausdruck „Willensstrafrecht" prägte, ist eine derartige Überspitzung nicht wahrzunehmen. Er will[169]) mit diesem Ausdruck nur die große Linie, den Geist der Strafrechtsreform kennzeichnen. Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Schuld und Unrecht haben Schwinge und Zimmerl[170]) mit eingehender Begründung nachgewiesen. Wir werden diese Notwendigkeit auch noch in unserem Zusammenhang kennenlernen[171]).

Wenn der Gesetzgeber — wie wir oben[172]) sahen — Haupttäter und Teilnehmer im künftigen Strafrecht zweckmäßigerweise nicht zu einem Begriff zusammenfaßt, so ist damit keineswegs gesagt, daß die Teilnahme akzessorisch zu sein hat. Es ist sehr wohl denkbar, daß der Gesetzgeber die Teilnahmehandlung von der Haupttat völlig loslöst und gleichsam als delictum sui generis betrachtet. Dies erscheint

164) Verbrechen und Tatbestand 1935.
165) Das Verbrechen als Pflichtverletzung.
166) Tattypus und Tätertypus, Zeitschr. der Akademie für deutsches Recht 1936/357.
167) Wolf a. a. O. S. 359.
168) Das kommende Strafrecht, S. 31 ff. (Allgem. Teil).
169) wie Schwinge-Zimmerl: Wesensschau S. 43 ff. richtig auffassen.
170) a. a. O. S. 33 ff.
171) vgl. unten S. 54, 56 u. besonders S. 57.
172) S. 198 ff.

jedoch dann gekünstelt, wenn sich aus logisch-systematischen Gründen ergibt, daß dieses d. s. g. stets in einer Beziehung zur Haupttat steht[173]).

Wollen wir entscheiden, ob die Teilnahmehandlung von der Haupttat in irgend einer Beziehung abhängig ist, so müssen wir uns zunächst einmal vor Augen halten, daß „erfolglose Teilnahmehandlungen" nicht dieser Betrachtung unterliegen, weil sie keine Teilnahmehandlungen sind[174]). Deshalb kann man nicht daraus, daß die Bestrafung der „erfolglosen Teilnahmehandlung" ein Aufgeben der Akzessorietät zur Haupttat ist[174]), folgern, daß die echten Teilnahmehandlungen in keinem Punkte akzessorisch sind, wie es Angermeier[175]) tut.

Wir haben auch oben[176]) gesehen, daß selbst ein Gesetzgeber, der für die Schwere der Strafbarkeit nur die Schuldform als Ausgangspunkt nimmt, wenn er an Tatbeständen im herkömmlichen Sinn festhält und auf Tattypen aufbaut, notwendig die subjektive Widerspiegelung des objektiven Unrechts berücksichtigen muß. Deshalb muß man — selbst wenn man von vornherein davon ausgeht, daß die Schuld des Teilnehmers nicht von der des Haupttäters abhängig ist — untersuchen, ob das Unrecht der Teilnahmehandlung zum Unrecht der Haupttat akzessorisch ist.

Man wende nicht dagegen ein, bei der „erfolglosen Teilnahmehandlung" trete auch ein großer Teil des objektiven Unrechts gar nicht ein, so daß man auch hier ohne dieses auskommen müsse. Darin liegt ja gerade die große Schwierigkeit, den objektiven Unrechtsgehalt und folglich auch den Schuldgehalt der „erfolglosen Teilnahmehandlung" richtig zu erfassen[177]). Mit dieser Schwierigkeit muß sich selbstverständlich ein Gesetzgeber, der erfolglose Teilnahmehandlungen bestrafen will, wohl oder übel abfinden. Dies ist freilich ein großer Mangel, der aber nicht das Verlangen rechtfertigt, den Unrechtsgehalt da, wo er sich feststellen läßt, außer Betracht zu lassen.

Bei der Untersuchung der Akzessorietät der Unrechtmäßigkeit ergibt sich Folgendes: Jede Teilnahmehandlung für sich betrachtet, läßt nicht erkennen, ob sie Unrecht ist oder nicht. Von dem A., der dem B. eine Schußwaffe reicht, damit B. den C. erschießen soll, kann man gar nicht sagen, ob er damit rechtswidrig handelt oder nicht. A. handelt dann nicht rechtswidrig, wenn B. rechtmäßig handelt — z. B. in Notwehr, als Soldat im Krieg, Scharfrichter —.

173) vergl. Zimmerl Z. 49/50 u. 54/584.
174) s. oben S. 35.
175) Deutsches Recht 1935 S. 528.
176) S. 33.
177) vergl. Coenders S. 174 ff u. Zimmerl: Lehre vom Tatbestand S. 129 ff.

Man kann also niemals entscheiden, ob der Teilnehmer rechtswidrig handelt, bevor man dies nicht vom Haupttäter weiß. Das liegt aber nur daran, daß die Teilnahmehandlung stets ihr Unrecht aus der Haupttat entlehnt[178]). Und damit ist für diesen Teil der Teilnahmehandlung die Abhängigkeit von der Haupttat nachgewiesen. Es ist auch klar, daß derjenige Teilnehmer, der glaubt, Unrecht zu veranlassen oder zu unterstützen, während in Wahrheit die Haupttat nicht rechtswidrig ist, nicht allein schon wegen dieser Willenssünde Unrecht begeht, denn Unrecht kann nur in einem tatsächlichen Vorgang oder Zustand bestehen. Rein subjektive Unrechtsbegründung ist nicht nur dem geltenden Recht fremd, sondern auch de lege ferenda nicht zu billigen, weil es eine Preisgabe des Gedankens der objektiven Rechtswidrigkeit wäre. Ein dem Wesen des Rechts widersprechender, die feinen Grenzen von Recht und Moral verwischender Subjektivismus. Wo das Recht diese weise Selbstbeschränkung vergißt, da wird sein Streben immer wieder in der Erkenntnis der eigenen Ohnmacht endigen, da wird das zu scharf geschliffene Schwert schartig werden[179]). — Deshalb dürften alle Ansichten fehlgehen, die einen Fortfall der Akzessorietät hinsichtlich des Unrechts[180]) für möglich halten. V. Dohnanyi kommt zum Fortfall der Akzessorietät mit der Begründung, Schuld und Unrecht seien als eine Einheit[181]) anzusehen. Die — schuldlose — Haupttat brauche nicht rechtswidrig zu sein, um den Teilnehmer, der durch seine Mitwirkung — schuldhaft — Unrecht begehe, zu bestrafen[182]).

Ein Beispiel, bei dem der Teilnehmer rechtswidrig und der Haupttäter rechtsmäßig handelt, ist auch gar nicht denkbar. V. Dohnanyi[183]) hält es jedoch bei der Anstiftung zur Notwehr für möglich. In Wirklichkeit handelt aber niemals ein Teilnehmer einer Notwehrhandlung rechtswidrig und dies nicht etwa, weil es im geltenden Recht heißt „.....sich oder einem a n d e r e n abwendet......", sondern schon deshalb, weil keine rechtswidrige Haupttat vorliegt. Auch der Teilnehmer trägt dazu bei, daß ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff abgewendet wird, und darin

---

178) vergl. auch Schwinge-Zimmerl: Wesensschau S. 36.
179) so Mezger Ger. Saal, 89/242.
180) Dohnanyi, Bericht S. 114; Ellger D. J. 1935/210.
181) s. aber Beling L. v. V. S. 141; Schwinge-Zimmerl: Wesensschau S. 37 ff. u. oben S. 86.
182) Soweit bei diesen Fällen Tatbestandsmäßigkeit der Haupthandlung vorliegt, nennt man sie „minimal akzess. Form"; Bericht S. 114 M. E. Mayer Lehrb. Allgem. Teil S. 391 u. bei Versuch u. Teilnahme S. 355. Mayer bemerkt richtig, daß in dieser Beschränkung die Akzessorietät gesetzgeberisch nicht verwertbar ist.
183) a. a. O.

liegt nun einmal etwas Rechtsmäßiges[184]). Und wenn eine Überschreitung der Notwehr oder für den Haupttäter „vermeintliche Notwehr" vorliegt, so handelt nicht nur der Teilnehmer, der weiß, daß die Voraussetzungen für Notwehr nicht gegeben sind, unrechtmäßig, sondern auch der Haupttäter und zwar auch deshalb, weil es an den Voraussetzungen für eine Notwehrhandlung fehlt. Die Straflosigkeit des Haupttäters ergibt sich hier aus seiner Schuldlosigkeit und darüber hinaus die Straflosigkeit der Putativnotwehr — trotz Fahrlässigkeit des Überschreitenden — auch nur aus der geringeren Schuld eines solchen Täters.

Damit dürfte nachgewiesen sein, daß aus logisch-systematischen Gründen die Akzessorietät der Teilnahme hinsichtlich der Rechtswidrigkeit stets Vorhanden ist, einerlei, ob der Gesetzgeber sich dazu bekennt oder nicht. Vor allen Dingen würde das gewünschte Ergebnis, den Anstifter zum Selbstmord bestrafen zu können, durch eine gesetzliche Bestimmung, daß Rechtswidrigkeit der Teilnahmehandlung unabhängig von der Haupthandlung sei, nicht erreicht. Die Straflosigkeit eines Teilnehmers an einer Selbstmordhandlung liegt eben beim geltenden Recht daran, daß der strafrechtliche Typ des Selbstmordes fehlt. So lange der Gesetzgeber nur die Tötungshandlung an a n d e r e n vertypt und auch die Teilnahme am Selbstmord nicht irgendwie besonders vertypt wird, bleibt sie straflos[185]). Für die „besonderen Umstände" der Teilnehmer folgt daraus, daß einem Teilnehmer nur diejenigen „besonderen Umstände" des Haupttäters, die aus Unrechtselementen bestehen, angerechnet werden können und müssen.

Gleichzeitig folgt aber durch zwingenden Umkehrschluß, daß eine Haupttat niemals ihren Unrechtsgehalt aus einer Teilnahmehandlung entlehnen kann, also daß ein Umstand, der nur bei einem Teilnehmer vorliegt, niemals die Strafbarkeit eines Haupttäters oder eines anderen Teilnehmers beeinflussen kann.

Dies gilt selbstverständlich, einerlei, ob es sich um strafbegründende, straferhöhende, strafmindernde oder strafausschließende Umstände handelt[186]).

Es will deshalb auch nicht wundernehmen, daß der Begründung zum Entwurf von 1927 so gar kein passendes Beispiel einfallen wollte, anhand dessen sie hätte nachweisen können, daß ein Strafbedürfnis für den Haupttäter bestehe, wenn ein strafbegründender Umstand nur bei einem Teilnehmer vorliegt[187]).

---

184) In diesem Sinne Oppler Ger. Saal 70/400 und M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme, 359/360.

185) vergl. Beling L. v. V. S. 417 — die Frage einer geeigneten Lösung de lege ferenda s. unten S. 99.

186) vergl. Zimmerl Z. 54/586 f.

187) vergl. ooben S. 74 f.

Aus dem Wesen der Teilnahme folgt aber, daß es genügt, wenn ein Unrechtselement nur beim Haupttäter vorliegt. Es färbt dann auf die Teilnehmer ab. Denn wenn mehrere eine mehraktige Handlung als Teilnehmer begehen, so ist es gar nicht nötig, daß jeder ein und dasselbe tut, sonst hätte die Unterscheidung der Mittäterschaft von der Nebentäterschaft nur dogmatische, aber keine praktische Bedeutung. Täter und Teilnehmer ergänzen sich. Dies ist aber auch der Fall, wenn die Teilnahmehandlung bei einem mehraktigen Delikt erst einsetzt, wenn schon ein Akt der Haupthandlung vorüber ist. Daß der Vereinigungspunkt von Teilnahmehandlung und Haupthandlung zeitlich vor der Begehung der Haupttat liegt, ist bei den Unterstützungshandlungen — wie wir auch schon oben[188]) bei der Kritik der Krug'schen Theorie sahen — nicht erforderlich. Eine Veranlassungshandlung kann jedoch nur vorliegen, wenn ihr die Haupttat mit sämtlichen Tatbestandsmerkmalen nachfolgt. Ein Zustand, der schon vor der Veranlassungshandlung vorhanden ist, muß diese überdauern (Getäuschtsein). Anderenfalls kann nur eine Unterstützungshandlung vorliegen.

Wenn aber eine Veranlassungshandlung vorliegt, so färbt das Unrecht sämtlicher „besonderen Umstände" der Haupttat auf sie ab.

Selbstverständlich muß in allen Fällen die Schuld des Teilnehmers sich auf sämtliche Tatbestandselemente, die man ihm anrechnen will, erstrecken.

Aber nicht nur hinsichtlich der „besonderen Umstände", die Unrechtselemente sind, weisen logisch-systematische Gründe einen bestimmten Weg, auch bei den Schuldelementen hängt die richtige Entscheidung des Gesetzgebers nicht von rechtspolitischen Erwägungen ab, weil auch hier logisch-systematische Gründe zwingend sind. Es ist heute mit Recht herrschende Lehre, daß jeder nur für eigenes Verschulden einzustehen hat[189]). Denn Schuld ist persönliche Vorwerfbarkeit, die einen Menschen nur für sein eigenes, nicht für fremdes Verhalten treffen kann. Nur auf Grund der eigenen psychischen Beziehung eines Menschen zu einer Handlung läßt sich entscheiden, ob ihn ein Vorwurf trifft. Das ist heute so allgemein anerkannt, daß es einer näheren Begründung nicht bedarf. Wirken nun aber mehrere bei einem Delikt mit, so läßt sich die Schuld jedes einzelnen nur auf Grund seiner eigenen psychischen Beziehung zur Tat bestimmen und nicht auf Grund der Einstellung eines anderen[190]). Damit dürfte aber klar sein, daß die Schuld nicht nur außerstande ist, von einem Mitwirkenden auf den anderen abzu-

188) S. 44, 45.
189) vergl. Bericht S. 116 § bb Abs. I.
190) vergl. Zimmerl Z. 54/585.

färben[191]), sondern auch, daß sie wegen des höchstpersönlichen Charakters der Schuld nicht vom Vorliegen bei einem anderen Mitwirkenden abhängig sein kann wie im geltenden Recht. Dies hat aber nicht nur hinsichtlich der einzelnen Tatschuldformen zu gelten, sondern auch für die schuldvergrößernden und schuldverringernden Schuldausgestaltungen. Die Akzessorietät der Schuld im geltenden Recht umgehen auch Wissenschaft und Praxis in bewußtem Gegensatz zum Gesetz mit Hilfe der mittelbaren Täterschaft[192]). Es dürfte auch keinen Sinn haben, der mittelbaren Täterschaft zuliebe die Fehlregelung des geltenden Rechts beizubehalten und damit künstlich Systemwidrigkeiten am Leben zu erhalten. Abgesehen davon ist die ganze Figur der mittelbaren Täterschaft für sich betrachtet schon eine Systemwidrigkeit und daher schon ein Unding. Das hat Zimmerl[193]) nachgewiesen. Die mittelbare Täterschaft bedeutet nämlich einen Einbruch des normativen in das objektive System. Denn die Tat desjenigen, der objektiv betrachtet eine Ausführungshandlung setzt und folglich nach dem objektiven System Täter sein muß, auch wenn die objektive Seite bei ihm nicht vollständig ist, läßt sich allein als rechtliche Null betrachten, wenn man sich in diesem Punkte zum normativen System bekennt, wo Schuld und Unrecht dasselbe bedeuten und wo für Sanktionen gegen die Tat eines Schuldlosen, sei es in Form zivilrechtlicher Ansprüche oder von Sicherungsmaßnahmen, kein Raum ist. — Aber auch der Einwand, ohne den Begriff der mittelbaren Täterschaft komme kein Strafrecht aus, schlägt nicht durch, nachdem Zimmerl[194]) nachgewiesen hat, daß sie bei sämtlich bisher aufgetauchten Delikten, selbst der Veranlassung zur Selbsttötung, entbehrlich ist.

Da, wie wir gesehen haben, die Lösung des Akzessorietätsproblems hinsichtlich der Unrechts- und Schuldmomente mit der Lösung des Problems der „besonderen Umstände" Hand in Hand geht, so ergibt sich zwangsläufig der Satz:

> „Besondere Umstände", die das Unrecht der Ausführungshandlung begründen, erhöhen, vermindern oder ausschließen, müssen auch die Strafbarkeit der übrigen Beteiligten im gleichen Sinne beeinflussen, während „besondere Umstände", die die Schuld eines der Beteiligten begründen, erhöhen, vermindern oder aufheben, nur die Strafbarkeit desjenigen beeinflussen, bei dem sie vorliegen.

191) In diesem Punkte abzulehnen die oben S. 77 dargestellte Meinung Belings L. v. V. S. 464.
192) Vergl. S. 11.
193) Z. 49/47 ff u. Aufbau 143 ff.
194) Z. 49/53 u. noch besser: Aufbau a. a. O.

F. Fälle, in denen der Teilnehmer, nicht aber der Täter, strafwürdig ist.

Von dieser Regelung wird eine Gruppe von Fällen nicht erfaßt. Es sind diejenigen, die der Gesetzgeber als Haupttat nicht unter Strafe stellt. Gründe, die lediglich für die persönliche Schuld oder Gefährlichkeit von Bedeutung sind, oder auch auf andere strafrechtliche oder außerstrafrechtliche Erwägungen zurückgehen[195]), veranlassen den Gesetzgeber manchmal rechtswidriges Verhalten nicht in Tatbeständen zu vertypen; nicht, weil diese Art des Unrechts minder gefährlich oder minder bekämpfenswert erscheint. Das Beispiel des Selbstmordes, der zweifellos rechtswidrig ist, zeigt, daß derartiges Verhalten durchaus rechtswidrig sein kann, aber von einer Strafdrohung wenig Wirksamkeit zu erwarten ist, weil derjenige, der sich zu einem solchen Schritt entschließt, sich entweder in einer Art Notstand oder Sinnesverwirrung befindet. Da diese Gründe beim Teilnehmer nicht durchschlagen, ist er dennoch strafwürdig. Es bleibt daher nur die Möglichkeit übrig, für die Teilnehmer selbständige Deliktstypen zu schaffen, wie Zimmerl[196]) es vorgeschlagen und begründet hat.

Das ist dann eine rechtstechnische, nicht aber eine rechtsinhaltliche Ausnahme.

195) Vgl. oben S. 51.
196) Z. 49/52 f.

III. Teil

Die Anpassung des Strafgesetzes an den aufgestellten Grundsatz

A. Die Umstände, die die Schuld und das Unrecht betreffen, und ihre Kenntlichmachung im Gesetz.

Mit der Aufstellung des Grundsatzes, daß die Schuld individuell anzurechnen ist und das Unrecht vom Haupttäter auf den Teilnehmer abfärbt, ist noch nicht viel gewonnen, solange man nicht weiß, welche Umstände Schuld- und welche Unrechtselemente sind.

Das geltende Strafgesetzbuch enthält keine Kenntlichmachung der „besonderen Umstände" in diesem Sinne. Eine Ausnahme bilden lediglich die „besonderen Umstände" in Form besonderer Tatschuldformen, wie die Fahrlässigkeitsdelikte. Bei ihnen ist ohne weiteres klar, daß der besondere Umstand, der sie von dem Vorsatzdelikt unterscheidet, ein Schuldelement ist.

Bei fast allen anderen „besonderen Umständen" ist desto zweifelhafter, ob sie Schuld- oder Unrechtselemente sind[197]). Da ist in allererster Linie zu nennen das Vorhandensein objektiver Schuldelemente[198]). Sie schaffen unnötige Komplikationen bei Tatbeständen, die „besondere Umstände" enthalten, die man sonst ohne weiteres als Schuldelemente bezeichnen würde. Da ist z. B. die Kindstötung zu nennen. Dort ist die Strafbarkeit der unehelichen Mutter gemildert, wenn sie ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet. Sollte der gesetzgeberische Grund der sein, daß man das uneheliche Kind als weniger schutzwürdig ansah und daß man die Strafmilderung wegen der geringeren Wertschätzung des unehelichen Kindes gewährte? Diese Ansicht soll Kant — wie wir von Meyer-Allfeld[199]) hören — vertreten haben. Sie ist nicht nur für unser heutiges Rechtsdenken untragbar, sondern kann auch dem Gesetzgeber von 1871 kaum unterstellt werden. In der Tat lesen wir auch

197) Das geltende Recht enthält oft statt der rechtsinhaltlichen Merkmale, auf die es sinngemäß ankommt, leichter erweisbare, die mit jenen rechtsinhaltlichen regelmäßig, jedoch nicht notwendig verbunden sind. Die Folge sind Fehlentscheidungen in Ausnahmefällen. So Zimmerl, Jungfestschrift S. 229.

198) Hierüber s. Thierfelder, insbes. S. 48 ff., vgl. auch Schwinge-Zimmerl, Wesensschau, S. 93.

199) § 77 Anm. 3.

in sämtlichen Lehrbüchern und Kommentaren, daß der gesetzgeberische Grund in der Berücksichtigung des erregten Gemütszustandes der Kindsmutter und ihrer Scham vor der Mitwelt als Schuldmilderungsgrund ihren Grund hat. Vom Bericht des neuen Strafgesetzentwurfes läßt sich noch nicht sagen, ob er die „besonderen Umstände", die die Schuld betreffen, besonders kenntlich machen wird, weil er einen Vorschlag für die Formulierung der einzelnen Tatbestände nicht bringt. Mit Recht stellt aber der Bericht[200]) die Forderung, die Kindstötung so zu fassen, daß die geringere Strafe nicht ohne Rücksicht darauf, ob im konkreten Falle die entschuldigenden Umstände vorliegen, Platz greift, nur weil die Tötung in oder gleich nach der Geburt geschieht. — Die Beispiele dieser Art ließen sich beliebig vermehren. In diesem Zusammenhang möge es genügen, auf einige wichtige Tatbestände des geltenden Strafgesetzes, die objektive Schuldmerkmale enthalten, hinzuweisen, wie z. B. Meineid zugunsten einer Person, hinsichtlich derer man die Aussage verweigern darf (§ 157 Ziff. 2), Hehlerei zugunsten eines Angehörigen (§ 257) und Aszendententotschlag (§ 215). Alle diese Tatbestände verschleiern die Tatsache, daß in ihnen Schuldelemente als „besondere Umstände" vorkommen.

Das geltende Strafgesetzbuch weist aber derartige Unklarheiten nicht nur in Form der objektiven Schuldelemente auf, sondern enthält auch besondere Umstände, die wegen der besonderen Schuld und weiter wegen des besonderen Unrechts die Strafwürdigkeit beeinflussen. Derartige „besondere Umstände" bereiten naturgemäß allen denen besondere Hindernisse, die die „besonderen Umstände" einteilen wollen in Schuld- und Unrechtselemente. Als Beispiel möge hier die Beamteneigenschaft als „besonderer Umstand" bei den Amtsdelikten dienen.

Hier haben sich folglich auch verschiedene Meinungen gebildet. Redslob[201]) sieht in diesem Umstand ein Willensmoment, während Zimmerl[202]) im uneigentlichen Amtsdelikt schwereres Unrecht als im entsprechenden einfachen Delikt erblickt. Für die erste Ansicht läßt sich anführen, daß der Beamte auf Grund seiner besonderen Erziehung größere Hemmungen haben muß und deshalb seine Verbrechensschuld stets größer ist. Redslob[203]) sagt, der Beamte habe stets größere Gegenmotive zu überwinden, während Krug[204]) von dem „zum Guten gekräftigten Willen" spricht. Auf der anderen

200) S. 374 des besonderen Teils.
201) S. 49/50.
202) Z. 54/587.
203) a. a. O.
204) S. 43.

Seite zählt Krug[205]) aber die Beamteneigenschaft als „besonderen Umstand" zu den Erfolgsqualifizierungen. Sämtliche Meinungsbegründungen enthalten zumindest richtige Gedanken, so daß sie sich nicht ohne weiteres widerlegen lassen und mit dem geltenden Strafgesetz vereinbar sind. Dennoch halte ich es für richtig, den „besonderen Umstand" „Beamteneigenschaft" als einen nur das Unrecht betreffenden Umstand zu behandeln, und zwar weil die Schuldqualifizierung derart gering ist, daß ihre Berücksichtigung innerhalb des Strafrahmens durch das richterliche Ermessen genügt. Sonst wäre es richtig, bei jedem Delikt, das ein Beamter begeht, eine höhere Bestrafung — als sonst üblich — im allgemeinen Teil des Strafgesetzes vorzuschreiben[206]). Ob der Gesetzgeber dies beim kommenden Strafrecht tun wird, oder ob er die Berücksichtigung der größeren Schuld des Beamten dem richterlichen Ermessen überlassen wird, interessiert in diesem Zusammenhang nicht. Für uns genügt es, daran zu erkennen, daß selbst bei denjenigen „besonderen Umständen", bei denen man mehr oder minder schwer erkennen kann, inwieweit sie sich aus Schuld- oder Unrechtselementen zusammensetzen, man ohne besondere gesetzliche Kenntlichmachung oder nur schwer entscheiden kann, ob der „besondere Umstand" Schuld-, Unrechtselement oder gar beides sein soll, weil man doch nicht weiß, was alles zu den vom Gesetz geregelten „besonderen Umständen" gehören soll. Damit soll aber nicht gesagt werden, daß bei denjenigen Umständen, die nicht vom Gesetz als „besondere Umstände" ausdrücklich geregelt sind, sondern deren Berücksichtigung dem richterlichen Ermessen überlassen ist, hinsichtlich der persönlichen Anrechnung eine andere Grundregel zu gelten habe als bei den „besonderen Umständen". Im Gegenteil, der Richter wird richtigerweise stets die oben gefundene Regel auch auf die Umstände anzuwenden haben, die er nur auf Grund seines freien Ermessens berücksichtigt. Die Forderung, deutlich kenntlich zu machen, ob eine die Strafwürdigkeit beeinflussende Tatsache als „besonderer Umstand" vom Gesetzgeber besonders berücksichtigt wird, oder ob sie dem richterlichen Ermessen überlassen ist, hat seinen Grund darin, daß anderenfalls die Gefahr besteht, daß ein Umstand doppelt oder gar nicht berücksichtigt wird. Wenn z. B. im Gesetz verordnet ist, daß die Unterschlagung im Amte schwerer als gewöhnlich zu bestrafen ist, so kann der Richter nicht wissen, ob er bei der Strafzumessung außerdem berücksichtigen darf oder muß, daß der Beamte grundsätzlich schuldhafter handelt als ein Nichtbeamter oder ob diese Tatsache von der Qualifizierung als Amtsdelikt schon miterfaßt ist; denn es ist sehr

205) S. 60, 61.
206) vergl. oben S. 46.

wohl denkbar, daß der Gesetzgeber bei den Amtsdelikten die Schuldausgestaltung als so unwesentlich ansieht, daß ihm ihre Berücksichtigung durch das richterliche Ermessen genügt.

An den Gesetzgeber ist daher die Forderung zu stellen, bei sämtlichen „besonderen Umständen" kenntlich zu machen, welches der Grund ihrer Berücksichtigung ist und ob er sie als Schuld- oder Unrechtselemente oder gar beides betrachtet. Wenn der „besondere Umstand" sowohl in der Schuld, als im Unrecht bestehen soll, so ist eine Kentlichmachung, inwieweit die Schuld und inwieweit das Unrecht die Strafwürdigkeit beeinflussen sollen, zweckmäßig.

Um diese Forderung zu erfüllen, würde der Gesetzgeber gezwungen sein, mehr als bisher bei jedem Delikt selbst darüber Klarheit zu gewinnen, welche „besonderen Umstände" die Schuld und welche das Unrecht betreffen, um dies dann bei den einzelnen Deliktstatbeständen kenntlich machen zu können.

Hierzu ist eine eingehende Betrachtung und Untersuchung der einzelnen Deliktstatbestände erforderlich. Das kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geschehen, sondern müßte Aufgabe einer Spezialarbeit sein. Es kann hier nur in großen Zügen angedeutet werden, wie die Bestimmung eines „besonderen Umstandes" zu geschehen hätte. Es wären bei der Untersuchung nach der Schuld zu berücksichtigen: Die Zurechnungsfähigkeitskomponente, die reine und die erweiterte Tatkomponente und die Persönlichkeitskomponente[207]).

Bei der Untersuchung des Unrechts wären zu berücksichtigen einerseits die Handlung, der Erfolg, die Modalitäten und das Zusammenwirken mehrerer Erfolge und andererseits die Schwere des Unrechts, der Gesichtspunkt der Generalprävention und Spezialprävention[208]).

Für die Kenntlichmachung, ob ein „besonderer Umstand" Schuld- oder Unrechtselemente enthält, genügt es, wenn der Gesetzgeber nur eine dieser beiden Gruppen jeweils im Gesetz besonders hervorhebt, weil sich aus der Nichterwähnung der Anderen ergibt, daß sie dann nur zur anderen Gruppe gehören können. Da die „besonderen Umstände", die Schuldelemente enthalten, nicht so häufig sind, wie diejenigen, die Unrechtselemente enthalten, so schlage ich vor, nur Erstere besonders kenntlich zu machen. Für die gesetzestechnische Frage, wie die Kenntlichmachung auszusehen hat, gibt es natürlich mehrere Wege; z. B. ließen sich einige, die öfter vorkommen, wie Rückfall, Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit, verwerfliche Absicht, Pietätlosigkeit des Deszendenten als schuld-

207) Vergl. hierüber Zimmerl: Aufbau S. 171 ff.
208) vergl. hierüber Zimmerl: Aufbau S. 34 ff. und strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda, 2. Teil.

erschwerende „besondere Umstände" im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches erwähnen und geradeso schuldvermindernde „besonderen Umstände", wie Jugendlichkeit oder irgendwelche entschuldbare Motive.

B. Die Berücksichtigung der subjektiven Unrechtselemente bei der Behandlung der „besonderen Umstände".

Wenn der Gesetzgeber so zum Ausdruck bringt, welche „besonderen Umstände" Schuldelemente enthalten, so braucht er damit keineswegs auf dem Standpunkt zu stehen, daß die Schuldelemente nicht auch gleichzeitig „subjektive Unrechtselemente" enthalten. Bevor wir hier Stellung nehmen, wie deren Berücksichtigung auszusehen hat, wollen wir noch eine kurze Betrachtung darüber einschalten, inwiefern die Anerkennung der „subjektiven Unrechtselemente" gerechtfertigt ist.

Daß es subjektive Unrechtselemente gibt, dürfte heute kaum noch zweifelhaft sein. Es ist in erster Linie das Verdienst von Mezger, untersucht zu haben, wo die subjektiven Unrechtselemente vorkommen und worin ihr Wesen besteht und damit diese Lehre besonders gefördert zu haben[209]). Mit dem, was wir bisher von den subjektiven Unrechtselementen wissen, lassen sich diese jedoch noch nicht ohne weiteres bei den „besonderen Umständen" verwerten. Die Untersuchung der subjektiven Unrechtselemente nach ihrer praktischen Bedeutung erstreckte sich bisher auf die Notwehrfrage, Täterschaft und Teilnahme, Versuchslehre, Konkurrenzfrage und die Irrtumslehre[210]). Wie die praktische Behandlung bei den „besonderen Umständen" auszusehen hat, wurde noch nicht erörtert.

Eine Möglichkeit wäre, die Umstände, die subjektive Unrechtselemente enthalten, ganz als Unrecht zu behandeln. Wenn jedes Schuldelement auch ein subjektives Unrechtselement enthält, so würde dies heißen, daß sämtliche Schuldelemente wie Unrechtselemente zu behandeln seien. Die oben entwickelten Grundsätze — Einteilung nach Schuld und Unrecht — würden nur noch praktische Bedeutung haben, wenn ein „besonderer Umstand" wohl beim Teilnehmer, nicht aber beim Täter vorläge. Das Ergebnis würde mit dem von Beling ganz und v. Bar teilweise[211]) übereinstimmen.

209) Die subjektiven Unrechtselemente, Ger. Saal 89/307 ff. und vom Sinn der strafrechtl. Tatbestände S. 21 bis 25. Weitere Literaturangaben s. bei Mezger: Lehrb. S. 168 Anm. 1.

210) Sehr eingehend Hegler S. 317 ff.; Mezger: Vom Sinn S. 23 u. 24; Wolf: Typen der Tatbestandsmäßigkeit; Zimmerl: L. v. Tatbestand S. 29 ff. und 121 f.

211) nämlich soweit v. Bar nicht eine Ausnahme für die Schuldelemente, die in der Entstehung des Willens liegen, macht. S. oben S. 49.

Diese Handhabung wäre richtig, wenn die subjektiven Unrechtselemente nur Unrechtselemente wären. Es dürfte wohl heute nicht mehr zweifelhaft sein, daß den subjektiven Unrechtselementen nicht ausschließlicher Unrechtscharakter innewohnt, sondern daß sie gleichzeitig Schuldelemente sind[212]).

Wir können uns dies am besten klar machen, wenn wir zunächst einmal lediglich die Bedeutung der Schuld eines Verbrechens gesondert betrachten. Da werden wir sehen, daß die schuldhafte Tat, selbst wenn sie keine besondere Schuldausgestaltung aufweist, sowohl wegen eines Schuld- sowie eines Unrechtselementes auf die Strafwürdigkeit Einfluß hat. Dies ergibt sich wie Zimmerl[213]) treffend ausführt, wie folgt: Jedes Delikt ist in zweifacher Weise sozialschädlich. Einmal dadurch, daß es ein bestimmtes Rechtsgut[214]) in höherem oder geringerem Maße beeinträchtigt, ferner erschüttert aber auch die Begehung einer strafbaren Handlung das Vertrauen in die Rechtsordnung, sie erschüttert den Glauben in das Zwingende der staatlichen Vorschriften. Dieses letztere Moment kommt — wie wohl unschwer einleuchtet — nur bei schuldhaften Handlungen in Betracht. Denn, wenn ein Schuldloser, sei es ein Geisteskranker, sei es ein Täter, der in entschuldbarem Irrtum handelt, ein Verbrechen begeht, so leidet darunter das Opfer nicht mehr und nicht weniger als bei einem schuldhaften Täter. Anders steht es mit der Volksgemeinschaft. Das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Rechtsordnung und die Rechtssicherheit wird beeinträchtigt, wenn ein Mensch ihr Trotz zu bieten wagt, wenn er seinen Willen dem der Volksgemeinschaft entgegenzusetzen wagt. Das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Rechtsordnung ist gleichsam als ein hinter jedem Rechtsgut stehendes besonderes Rechtsgut aufzufassen, das bei schuldhaftem Verbrechen besonders verletzt wird. Daraus ergibt sich dann, daß jede schuldhafte Tat gemeinschädlicher ist als schuldloses Verbrechen. Man kann deshalb die Schuld als ein sekundäres Unrechtselement bezeichnen.

Die Anerkennung der Schuld als sekundäres Unrechtselement dürfte aber ganz besonders vom Standpunkt des Willensstrafrechts berechtigt sein. Durch das Willensstrafrecht sind wir gerade in der Lage, zu erkennen, daß die Erschütterung der Autorität des Rechts unabhängig ist vom Vorhandensein einer Gefahr oder gar vom Ein-

---

212) Vgl. Mezger: Vom Sinn, S. 23 u. Lehrb. S. 171 bis 173 Anm. 7 gegen Ger. Saal 89/261.

213) Tatbestand S. 49, 50.

214) Über den Rechtsgutsbegriff siehe Schwinge-Zimmerl, Wesensschau, S. 60 ff und die dort Zitierten. Vgl. auch Schwinge: Teleologische Begriffsbildung S. 21 ff.

tritt eines Schadens in der Außenwelt[215]). Daß das Verbrechen auch in dieser Hinsicht dem objektiven Rechte „zuwider" ist, hat v. Gemmingen[216]) klar herausgearbeitet. Er führt aus[217]), daß die Rechtswidrigkeit in doppelter Hinsicht zu erfassen sei: einmal als ein Angriff auf den äußeren Bestand rechtlichen Geordnetseins und das andere Mal als ein Angriff auf den inneren, seelisch erlebnismäßigen Bestand rechtlichen Ordnungswillens[218]).

Weitaus mehr als bei der einfachen Schuld treten diese Gesichtspunkte bei den Schuldausgestaltungen in Erscheinung, denn bei einer Schuldausgestaltung hat die höhere Strafe ihren Grund in der größeren Schuld. Sahen wir oben[219]), daß vorsätzliches Handeln sich stärker gegen die Rechtsordnung auflehnt als fahrlässiges, so ist es oft unschwer zu erkennen, daß das besonders große Verschulden eines Verbrechers gleichzeitig als besondere Auflehnung gegen die Rechtsordnung berücksichtigt werden muß. Das Wesen der Schuldausgestaltungen liegt ja gerade darin, daß hier der verbrecherische Wille besonders ausgeprägt ist.

Man wird sich nun fragen, wie die Anrechnung der Schuld als Schuld- und Unrechtselement praktisch zu handhaben ist. Eine ausdrückliche Berücksichtigung beider Elemente im Gesetz ist bisher noch nirgendwo zu verzeichnen. Wie diese auszusehen hätte, läßt sich etwa folgendermaßen klarmachen:

1.) Der A. stiftet den B. an, den C. zu töten. Geht man davon aus, daß das neue Strafrecht den Anstifter mit demselben Strafrahmen bedroht wie den Haupttäter, so sind unter sonst gleichen Voraussetzungen A. und B. gleich hoch zu bestrafen.

2.) Sind nun A. und B. Brüder und C. ist ihr Vater, so erhöht sich für beide der Strafrahmen in gleicher Weise. Der höhere Strafrahmen für Aszendententotschlag greift Platz.

Insoweit deckt sich unser Vorschlag mit den Ergebnissen des geltenden Rechts, wenigstens insoweit es sich um „besondere Umstände" handelt, die strafändernd sind und die unter den Begriff „persönliche Eigenschaften" fallen.

---

215) Nicht zu verwechseln mit der Notwendigkeit objektiven Geschehens in der Außenwelt. Siehe darüber S. 90.
216) Deutsches Strafrecht 1935 S. 105 ff. „Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System eines Willensstrafrechts".
217) S. 108 a. a. O.
218) Vergl. darüber auch v. Gemmingen: Rechtswidrigkeit des Versuchs.
219) S. 65 f.

3.) Sind A. und B. keine Brüder und nur B. Sohn des C., und A. weiß dies, so ist bei B. auch zweifellos der Strafrahmen für Aszendententotschlag anwendbar. Bei A. würde nach dem geltenden Recht, dem Bericht, Krug und Redslob, der Strafrahmen für einfachen Totschlag einzusetzen sein. Nach v. Bar und Beling dagegen würde bei A. der Strafrahmen für Aszendententotschlag Platz greifen. Bei richtiger Berücksichtigung der größeren Strafwürdigkeit durch die Schuldausgestaltung, die beim Deszendenten vorliegt, wird man erkennen, daß der höhere Grad der Strafwürdigkeit sich zusammensetzt aus einem Schuld- und deshalb gleichzeitig einem subjektiven Unrechtselement. Da beide beim Haupttäter nur zusammen auftreten, so ergeben sich bei seiner Bestrafung nie Schwierigkeiten. Anders beim Teilnehmer, der der Schuldausgestaltung ermangelt, dem aber ihr Vorliegen beim Haupttäter bekannt ist. Nach der oben[220]) aufgestellten Regel färbt das Unrechtselement der Schuldausgestaltung vom Haupttäter auf den Teilnehmer ab. Für A. müßte also ein Strafrahmen angewandt werden, der zwischen dem für einfachen Totschlag und Aszendententotschlag liegt. Wie dies gesetzestechnisch zu lösen wäre, ist eine andere Frage.

Um zu dem richtigen Ergebnis zu kommen, muß der Richter eine Handhabe haben, bei dem „besonderen Schuldumstand" zu scheiden, inwieweit er in dem größeren Unrecht des subjektiven Unrechtselementes und inwieweit er nur in der Schuldausgestaltung seinen Grund hat.

Für die Lösung dieser technischen Frage gibt es mehrere Wege. Am exaktesten wäre es bei jedem einzelnen Delikt, das einen „besonderen Umstand" aufweist und, wenn dieser ein Schuldelement enthält, dieses nicht nur kenntlich zu machen, sondern auch noch gleich zu bestimmen, von welchem Strafrahmen auszugehen ist, wenn beim Teilnehmer die Schuldausgestaltung des Haupttäters nicht vorliegt, er aber ihr Vorliegen beim Haupttäter kennt. Ich sage ausdrücklich nur ein S t r a f r a h m e n (nicht feste Strafandrohung) käme in Frage. Dieser würde sich selbstverständlich in den meisten Fällen mit den darüber und den darunter liegenden Grundstrafdrohungen überschneiden.

Eine andere Möglichkeit wäre die, durch eine Vorschrift im Allgemeinen Teil des Strafgesetzes zu verordnen, daß der Richter bei Teilnehmern, bei denen die Schuldausgestaltung des Haupttäters selbst nicht vorliegt, ihr Vorliegen beim Haupttäter ihm aber bekannt ist, von einem Strafrahmen auszugehen hat, der zwischen dem Strafrahmen des einfachen und des qualifizierten Delikts liegt.

---

220) II. Teil S. 57.

Bei dieser letzteren Art etwa durch eine starre Vorschrift zu bestimmen, wieweit der Strafrahmen von der einen oder anderen Grundstrafdrohung abzustehen habe, halte ich für verfehlt, weil dies bei den einzelnen Schuldausgestaltungen sehr verschieden sein kann. Z. B. steht derjenige, der einen anderen anstiftet, einem Dritten Gift beizubringen, um dessen Gesundheit zu schädigen, wenn er die Absicht des Haupttäters nicht selbst hat aber kennt, diesem in der Strafwürdigkeit viel näher, als wenn er an einem Rückfalldelikt teilnimmt, ohne selbst rückfällig zu sein. Das hat beim Rückfall seinen Grund etwa in der Tatsache, daß nur der Rückfällige selbst die Vorstrafe genossen hat, die ihn von weiteren Verbrechen dieser Art zurückhalten sollte.

Welche dieser beiden eben genannten Arten der Berücksichtigung subjektiver Unrechtselemente der Gesetzgeber wählt, halte ich für diese Frage ziemlich gleichgültig. Ich würde der letzteren den Vorzug geben. Sie trägt den Belangen genügend Rechnung, da sie den Richter anweist, die subjektiven Unrechtselemente zu berücksichtigen. Die Frage des „wie" genügt m. E., dem richterlichen Ermessen zu überlassen.

4.) Das unter 1.) bis 3.) behandelte Beispiel müssen wir endlich noch dahin variieren, daß der Anstifter A. Sohn des getöteten C. ist, nicht aber der Haupttäter B. Hier wäre nach dem geltenden Recht, dem Bericht, sämtlichen Entwürfen, v. Bar, Beling u. a. bei A. der Strafrahmen des Aszendententotschlags und bei B. der Strafrahmen für gewöhnlichen Totschlag anzuwenden. — Auch diese Lösung der h. L. berücksichtigt nicht das Vorliegen des in dem „besonderen Umstand" des A. liegenden subjektiven Unrechtselementes. Auf den ersten Blick vermißt man dies auch nicht, wenn man von dem Grundsatz ausgeht, daß Unrechtselemente nur vom Täter auf den Teilnehmer abfärben, aber nicht umgekehrt.

Vergleicht man nun dieses Ergebnis mit dem der Lösung des Falles 3.), so wird man sich fragen, ob die Lösung dieses Falles der Billigkeit entspricht und ob nicht hier ein Fehler vorliegt. Dies wird ohne weiteres klar, wenn man sich einmal die Deszendenteneigenschaft nicht als „besonderen Umstand", sondern als ein besonderes unter Strafe gestelltes Delikt vorstellt, das in Idealkonkurrenz mit dem Tötungsdelikt begangen wird. Das wäre etwa in der Weise denkbar, daß es statt des Aszendententotschlags ein Delikt gäbe, das etwa lautete: „Wer sich gegenüber einem Aszendenten einer groben Pietätlosigkeit schuldig macht, wird ..... bestraft". Hier wird ohne weiteres einleuchten, daß im Falle 4.) nicht nur der A. an einer Totschlagshandlung des B. teilnimmt

(indem er ihn anstiftet, seinen, des A. Vater C. zu töten), sondern daß auch der B. an einem Delikt teilnimmt, bei dem der A. Haupttäter ist, nämlich der obengenannten „groben Pietätlosigkeit". Er ist zwar kein Anstifter wie der A., sondern leistet nur eine Unterstützungshandlung. Ich möchte diese Art der Teilnahme „sich kreuzende Teilnahme" nennen.

Die Nutzanwendung der „sich kreuzenden Teilnahme" soll nun nicht etwa sein, die „besonderen Umstände", die Schuldelemente enthalten, abzuschaffen und statt ihrer neue Delikte in den besonderen Teil des Strafgesetzbuches einzubauen, die das Unrecht der subjektiven Unrechtselemente verkörpern — wie im Beispiel der Pietätlosigkeit des Deszendenten — sondern zu sehen, daß hier von der Schuldausgestaltung das subjektive Unrechtselement vom Teilnehmer auch auf den Haupttäter abfärben kann.

Die „sich kreuzende Teilnahme" ist auch in der Weise möglich, daß von mehreren Teilnehmern nur einer die Schuldausgestaltung aufweist, daß aber das darin enthaltene subjektive Unrechtselement nicht nur dem Haupttäter, sondern auch den anderen Teilnehmern, die dieser Schuldausgestaltung ermangeln, zugerechnet wird.

Der Richter muß folglich durch eine Vorschrift im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches angewiesen werden, wenn eine Schuldausgestaltung nur bei einem Teilnehmer vorliegt, auch beim Haupttäter und den anderen Teilnehmern, die diese Schuldausgestaltung kennen, von einem Strafrahmen auszugehen, der zwischen dem Strafrahmen des einfachen und qualifizierten Deliktes liegt.

Es bleibt noch zu erörtern, wie die Berücksichtigung der subjektiven Unrechtselemente auszusehen hat, wenn sich Täter und Teilnehmer nicht durch eine Schuldausgestaltung unterscheiden, sondern nur dadurch, daß der eine schuldhaft und der andere schuldlos handelt (Schuld als sekundäres Unrechtselement). Z. B. der A. veranlaßt den B., eine Sachbeschädigung zu begehen. B. handelt nicht schuldhaft, sondern nur der A. Wir haben oben schon gesehen, daß der A. hier ein geringeres Unrecht begeht, als wenn er einen schuldhaft Handelnden zu einer Straftat veranlaßt hätte, weil das subjektive Unrechtselement bei B., das dem A. als Teilnehmer zuzurechnen wäre, fehlt. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, daß die schuldhafte Tat eines Teilnehmers stets ein sekundäres Unrechtselement enthält. Bei einer Subtrahierung des fehlenden sekundären Unrechtselements des Haupttäters würde sich also nur ein sehr geringer Unterschied in dem von A. und B. begangenen Unrecht ergeben. Ihn im Gesetz zu berücksichtigen, würde einer übertriebenen Verfeinerung gleichkommen, die allein dogmatischen Wert

haben könnte. Ich halte es deshalb für richtig, nur die subjektiven Unrechtselemente der Schuldausgestaltungen im Gesetz zu berücksichtigen[221]).

Weiter halte ich es für richtig, nur insoweit eine Berücksichtigung der subjektiven Unrechtselemente anzuordnen, als der Beteiligte, der der Schuldausgestaltung ermangelt, ihr Vorliegen bei einem anderen Beteiligten tatsächlich kennt, nicht dagegen bei einer geringeren Schuldform. Kennenmüssen z. B. halte ich nicht für ausreichend, weil das berücksichtigte subjektive Unrechtselement hauptsächlich im verbrecherischen Willen liegt. Das tritt aber bei den Tatschuldformen, die keine positive Kenntnis der Tatbestandsmerkmale fordern, zu wenig in Erscheinung, um für eine Berücksichtigung in der Praxis geeignet zu sein.

Geradeso wie die „besonderen Umstände", die Schuldelemente enthalten, die das Unrecht vergrößern, verringern diejenigen „besonderen Umstände, die die Schuld vermindern (z. B. entschuldbare Motive), auch gleichzeitig den Unrechtsgehalt einer solchen Tat. Das kann man sich am einfachsten klar machen, wenn man sich die gesetzlichen Tatbestände hier so aufgebaut vorstellt, daß die privilegierte Form Grunddelikt wäre und das Grunddelikt als Qualifizierungsform vertatbestandlicht wäre. Nehmen wir ein Beispiel aus dem geltenden Recht. Hier könnte man sich vorstellen, daß der § 313 StGB. an Stelle der dortigen Fassung lautete: Absatz I. „Wer mit gemeiner Gefahr für das Eigentum vorsätzlich eine Überschwemmung herbeiführt, ist, wenn die Absicht nur auf Schutz seines Eigentums gerichtet ist, mit Gefängnis nicht unter einem Jahr zu bestrafen.

Absatz II. „Ist die Absicht des Täters nicht nur auf Schutz seines Eigentums gerichtet, so wird er mit Zuchthaus bestraft."

Eine derartige Fassung ließe sich bei sämtlichen Delikten verwenden, die einen Schuldprivilegierungsgrund aufweisen. Dies tut der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht, denn derartige Gesetzesfassungen würden nicht nur seltsam klingen, sondern auch deshalb abzulehnen sein, weil sie Regel und Ausnahme in das Gegenteil verkehren würden. Es ist klar, daß im Interesse der Volkstümlichkeit eines Gesetzes immer zunächst der Regelfall vertatbestandlicht werden muß und der Ausnahmefall dann als Qualifizierung oder Privilegierung zu erscheinen hat. Es läßt sich an diesem Beispiel erkennen, daß ein materieller Unterschied zwischen den „besonderen Umständen", die als privilegierte und als qualifizierte Schuldausgestaltungen erscheinen, nicht besteht. Bei den Schuldmilderungsgründen wird der Gesetzgeber daher zu verordnen haben, daß für

221) Gegen die Berücksichtigung auch Zimmerl, L. v. Tatbestand S. 124.

den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie nicht vorliegen, der aber ihr Vorliegen bei einem anderen Beteiligten kennt, ein Strafrahmen zu Grunde zu legen ist, der zwischen der einfachen Strafdrohung und der des privilegierten Deliktes liegt. Während bei denjenigen Delikten, die mit und ohne einen „besonderen Umstand" vertatbestandlicht sind — also da, wo ein „besonderer Umstand" als strafändernder vorkommt — zwei Strafrahmen zur Verfügung stehen, zwischen denen der gesuchte Strafrahmen liegt, ist der Strafrahmen etwas schwieriger zu finden, wo ein „besonderer Umstand" nur strafbegründend oder strafausschließend vorkommt. Hier weiß man nämlich jeweils nur, daß der Strafrahmen des Beteiligten, der das Vorhandensein eines „besonderen Umstandes" bei einem anderen Beteiligten kennt, aber selbst seiner ermangelt, niedriger zu sein hat, als der eigentliche vom Gesetz angedrohte. Wieviel nun vom eigentlichen Strafrahmen abzuweichen ist, wird der Richter, der bei den strafändernden Umständen bereits eine Handhabe hat, unschwer ermessen können.

Es würde beispielsweise, wenn der A. den B. anstiftet, seine (des B.) Tochter C. mit dem D. zu verkuppeln, eine geringere Strafe für A. als den B. zu bilden sein. Und wenn der A. dem B. eine Körperverletzung beibringt, die zur Rettung seines Angehörigen C. geschieht, und die Voraussetzung des schuldausschließenden Notstandes vorliegt, so ist die an sich verwirkte Strafe des B. als Beteiligten, obwohl er kein Angehöriger C.'s ist, zu mildern. Mein Gesetzesvorschlag lautet:

C. Gesetzesvorschlag.

Absatz I. Besondere Umstände, die auf die Schwere des Unrechts Bezug haben, sind, wenn sie beim Haupttäter vorliegen, auch sämtlichen Teilnehmern zuzurechnen. Besondere Umstände, die sich auf die Schwere der Schuld beziehen, sind nur in der Person desjenigen zu berücksichtigen, bei dem sie vorliegen.

Absatz II. Fehlt bei einem Täter oder Teilnehmer ein besonderer Umstand, der die Schuld betrifft, kennt er sein Vorhandensein aber bei einem anderen Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), so ist bei seiner Bestrafung ein milderer Strafrahmen zu Grunde zu legen, als das Gesetz, wenn der Umstand strafbegründend oder straferhöhend ist, für den androht, bei dem er vorliegt, und, wenn der Umstand strafmildernd oder strafausschließend ist, für den androht, bei dem er nicht vorliegt.

D. Die Teilnahme an Sonderverbrechen und die „besonderen Umstände".

Die Lösung des Problems der „besonderen Umstände" dürfte auch gleichzeitig einen Beitrag zur Lehre von der Teilnahme am Sonderverbrechen liefern. Die präzise Unterscheidung der „besonderen Umstände" in Schuld- und Unrechtselemente und die Erkenntnis dessen, was ein „besonderer Umstand" ist, gibt eine Handhabe, festzustellen, an welchen Sonderdelikten ein Außenstehender teilnehmen kann und an welchen nicht[222]). Es dürfte sich ohne Schwierigkeiten alle die Fälle lösen lassen, in denen das Sonderverbrechen sich nur durch sein besonderes Unrecht auszeichnet. Hier ist, da ja das Unrecht auf die Teilnehmer abfärbt, Bestrafung des Teilnehmers ohne weiteres möglich. Für den „Extraneus" ist derselbe Strafrahmen zu Grunde zu legen wie für den „Intraneus". Baut z. B. der Gesetzgeber die Beamtendelikte — und zwar die eigentlichen, wie die uneigentlichen — so auf, daß in der Begehung durch einen Beamten nur ein Unrechtselement als „besonderer Umstand" zu erblicken ist, so erledigt sich damit die Streitfrage der Teilnahmemöglichkeit am eigentlichen Amtsdelikt.

Der „Extraneus" wird als Teilnehmer nur dann straflos ausgehen können, wenn ein Sonderverbrechen einen „besonderen Umstand" aufweist, der nur oder auch gleichzeitig eine strafbegründende Schuldausgestaltung enthält, die derart an die Person gebunden ist, daß der Gesetzgeber deshalb dem Beteiligten, der selbst seiner ermangelt, aber ihr Vorhandensein bei einem anderen Beteiligten kennt[223]), nicht für strafwürdig hält. Diese Fälle werden sehr selten sein und nur ganz vereinzelt vorkommen. Bei allen anderen Sonderverbrechen ist Teilnahme möglich. Wenn ihre Sonderstellung — ganz oder teilweise — auf einer Schuldausgestaltung beruht, so ist bei dem Beteiligten, der ihrer ermangelt, von einem milderen Strafrahmen auszugehen. Hierher würden insbesondere die Militärdelikte gehören.

---

222) vergl. S. 14.
223) Trotz des vorhandenen subjektiven Unrechtselements.

Lebenslauf

Joachim Hoffmann ist am 8. 4. 1910 in Neukirchen, Kreis Ziegenhain, als Sohn des Amtsrichters Erwin Hoffmann und seiner Ehefrau Else geb. Mauritius geboren. Durch Versetzung seines Vaters kam er in demselben Jahre nach Hofgeismar und nach dessen Übertritt in den Ruhestand nach Kassel. Nach dem Besuch der Vorschule in Hofgeismar und des Realgymnasiums legte Joachim Hoffmann in Hofgeismar am 13. 3. 1930 die Reifeprüfung ab. Alsdann studierte er an den Hochschulen Freiburg im Breisgau, Kiel und Marburg a. L. in der Zeit von Ostern 1930 bis Ostern 1934 die Rechtswissenschaften. Am 24. 3. 1934 bestand er vor dem Prüfungsausschuß des Oberlandesgerichts Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Am. 2. 4. 1934 begann er seine Ausbildungszeit als Gerichtsreferendar am Amtsgericht Hofgeismar. Anschließend kam er nacheinander zum Landgericht und zur Staatsanwaltschaft Kassel, zu den Rechtsanwälten und Notaren Dr. Schneider und Dr. Albrecht in Kassel, zum Amts- und Arbeitsgericht Kassel, zum Finanzamt Berlin-Zehlendorf und zum Oberlandesgericht Kassel, wo ihn im vierten und letzten Ausbildungsmonat plötzlich am 6. 3. 1938 der Tod ereilte.

Kassel, im Dezember 1938.

Erwin Hoffmann,
Amtsgerichtsrat i. R.